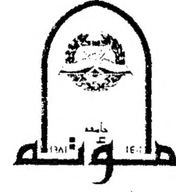


جامعة مؤتـــــه

عمادة الدراسات العليا

نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2000) دراسة مقارنه مع القانون الإنجليزي الجديد لسنة (1996)

شمس الدين قاسم محمد الخزاعله

رسالة

مقدمة إلى

عمادة الدراسات العليا

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة

الماجستير في القانون الخاص قسم القانون الخاص

جامعـــة مؤتـــة، 2003

جامعـــــة مـــــؤتة	بسم الله الرحمن الرحيم
عمادة الدراسات العليا	**اجازة رسالة جامعية**

تقرر اجازة الرسالة المقدمة من الطالب شمس الدين قاسم الخزاعلة والموسومة بـ "نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني" استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون.

القسم: القانون الخاص.

الأسم	التوقيع	التاريخ	
د. مصلح الطراونة		٢٠٠٣/٥/٦	مشرفاً
د. جورج حزبون		٢٠٠٣/٥/٦	عضواً
د. عبدالعزيز اللصاصمة		٢٠٠٣/٥/٦	عضواً
د. عبدالله الخشروم		٢٠٠٣/٥/٦	عضواً

عميد الدراسات العليا

د. ذياب البداينــــة

الإهـــــداء

اهدي هذا البحث بادئ بدء لوالدي اللذين أدين بنشأتي كلهـا لهمـا ، والى بقية أسرتي التي صبرت على شقاوة طفولتي ومساعدتي فـي حمـل أعبائي حتى صرت منتجاً، تلك الأسرة الأولى الإخوة والأخوات وأخصهم أم سراج.

كما أهدي هذا البحث إلى زوجتي التي طالما اتكـأت عليهـا عنـد الحاجة فكانت عكازاً يدعمني عند الضـعف ومعجمـاً ألـوذ بـه عنـد الحاجة.ولأطفالي الذين عانوا غيابي وانشغالي دون أن يعرفوا حقيقة سبب ذلك أبدا. الأثير ومحمد وفرات وهاشم .

شمس الدين الخزاعلة

شكر وتقدير

أول من ابتدئ بشكره الله سبحانه وتعالى ومن ثم أستاذي الفاضل المشــرف الدكتور مصلح الطراونه من لا يرقى البحث العلمي إلا بأمثاله، الذي لم يألُ جهــدا في متابعتي سطراً سطراً حتى صدر البحث على هذا الحال..

وأقدم شكري إلى كل أساتذتي المهتمين بالقانون والعدالة اخص منهم بالذكر.

الدكتور نوري حمد خاطر الذي وجهني إلى القانون وشجعني على اقتحام هذه الميادين والدكتور حمزة حداد الذي لم يبخل في فتح أبواب مكتبته لي ولم يبخل بين الحين والأخر بإضاءات تنير طريق البحث العلمي السليم. والدكتور محمد البشــايرة الذي قدم لي العون والمساعدة فكان إنعكاساً لما يتحلى به اهل العلم من خلق رفيع.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هــذه الرسالة متحملين عبء قراءتها راسمين لنا بذلك صورة مشرقة لما يتحلى به أهــل العلم من خلق رفيع.

إلى كل أصدقائي الذين وقفوا إلى جانبي في إثناء البحث وإثناء الدراســة لا سيما. محمد يونس غضيه الذي راني ببصيرته ولو لم يرني ببصره إذ وقــف إلــى جانبي في كل ما يهم لغة البحث. والدكتور سمير العوامله الذي قدم لي من العون ما لا أنساه .الدكتور سلطان الطراونه الذي غمرنا بكــرم أخلاقــه وحســن ضــيافته ومساعداته المشكورة. والإخوه هشام الطاهات وفائق الطراونه وخالــد الحواطمــه اللذين وقفوا إلى جانبي في ملماتٍ لولاهما لما اكتملت مسيرتي في الدراسة العليــا. وإلى من قدموا لي العون المادي والمعنوي عند العوز دون بخل أو تــردد الاخــوة محمود الطاهات ومحمد امين بطايحه جزاهم الله كل خير. وإلى الزميلات والزملاء في المكتب القانوني في وزارة الصحة لمساعدتهم لي في تخطي هذه المرحلة.

شمس الدين قاسم محمد الخزاعله

جدول المحتويات

الموضوع	الصفحة
أولاً: مدى حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بغض النظر عن موضوع النزاع...........	61
ثانياً: وقت إبرام اتفاق التحكيم.........	63
اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية.........	66
الفرع الأول: كتابة اتفاق التحكيم في القانون الأردني.....	67
الفرع الثاني: كتابة إتفاق التحكيم في القانون الإنجليزي...	70
دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وموضوع النزاع..................................	72
دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.......................................	73
دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.......................................	75
أولا: دور سلطان الإرادة في اختيار أكثر من قانون لتحكم أجزاء مختلفة من العقد	76
ثانياً: دور سلطان الإرادة في اختيار قواعد قانونية لا تشكل ولا تنتمي إلى نظام قانوني وطني....	77
ثالثا: القانون المختار والنظام العام	81
المبحث الثالث: دور سلطان الإرادة في تحديد آثار الاتفاق على التحكيم	82
المطلب الأول: الآثار بالنسبة للمتعاقدين	82
الآثار بالنسبة للمحكمة التي يرفع إليها النزاع المتفق بشأنه على التحكيم..	84
الفصل الثالث: دور سلطان الإرادة في مرحلة خصومة التحكيم (إجراءات التحكيم)........................... ...	87

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

ملخص باللغة العربية

نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001)

دراسة مقارنه مع القانون الإنجليزي الجديد لسنة (1996)

شمس الدين قاسم محمد الخزاعله

جامعة مؤته 2003

تبحث هذه الرسالة في مبدأ سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني لسنة 2002م. وتهدف الرسالة إلى توضيح معنى ونطاق سلطان الإرادة. وبغرض تعريف مبدأ سلطان الإرادة ، تعرض الرسالة للتطور التاريخي لهذا المبدأ. كما وتناقش الرسالة مدى اعتراف نظريات التحكيم بمبدأ سلطان الإرادة، كالنظرية العقدية والقضائية والمختلطة وتأخذ الرسالة في بحثها لسلطان الإرادة في القانون الأردني منحى مقارن مع قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996 م وتذهب الرسالة إلى وجود اختلافات بين القانونين حول بعض جوانب سلطان الإرادة المتعلقة باتفاق التحكيم وإجراءاته وأثاره.

Abstract

The Scope of Party Autonomy on the Jordanian Arbitration Act of 2001

A Comparative Study with the English Arbitration Act of 1996

Shams Edeen QAsem Mohammed khaZaleh

Mu'tah univ 2003

This Thesis examines The principle of party autonomy under the Jordanian Arbitration Act of 2001. It aims at clarifying the Concept and scope of party autonomy. In defining party autonomy, this thesis looks at the historical development of this principle.

It also examines the extent to which party autonomy is recognized by certain theories of arbitration such as the

Contractual, judicial and hybrid theories.

In examining party autonomy under the Jordanian Arbitration act of 2001 this thesis takes a comparative approach with the English arbitration Act of 1996. It argues that the two acts diverse as to different aspects of party autonomy regarding to the arbitration agreement and procedure.

الفصل الأول

المقدمة

قال تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثمّ لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما﴾ [1] (سورة النساء ، 64)، وقال سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ((المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً احل حراما أو حرم حلالا)) [2] (نصب الرآية، 112/4).

يشغل التحكيم في الوقت الحاضر مكاناً بارزاً على الصعيدين: الوطني والدولي، إذ تزايد اللجوء إليه لحل المنازعات لا سيما في مجال التجارة الدولية.[3] (إسماعيل، 1986).

فالتحكيم، باعتباره طريقا بديلاً للقضاء العادي، يلعب دورا مهماً في حسم المنازعات الناشئة في نطاق العلاقات بين الأفراد والشركات والدول، سواءً أكانت علاقات تجاريه أم غير تجاريه عقديه أم غير عقديه.

فإذا كانت القاعدة العامة تعطي لمحاكم الدولة سلطة الفصل في المنازعات، فإن التحكيم يأتي وسيلة موازية يلجأ إليه الأطراف لفض ما ينشأ بينهم من منازعات،دون اللجوء إلى قضاء الدولة. ويمكن أن يعزى اللجوء إلى التحكيم إلى ما يمتاز به من احترام لإرادة الأطراف وإعلاء لمبدأ سلطان الإرادة ابتداءً من توافق إرادتي

الأطراف في اختياره وسيلة لفض النزاع، وتحديد الإجراءات واجبة الإتباع،والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وكذلك على الإجراءات.

فخصوصية التحكيم باعتباره أداه لتحقيق العدالة تكمن في كونه أداه اتفاقيه؛ فقيام التحكيم اساساً متوقف على اتفاق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى من يرتضونه قاضياً بينهم. ويعتبر اتفاق الأطراف مصدراً رئيسياً لتحديد إجراءات التحكيم.

ومع أن التحكيم نظام قديم، إلا انه اكتسب خصائص مختلفة في المجتمعات المعاصرة. فلقد خاضت العدالة تجربة طويلة في مضمار قضاء الدولة، فخرجت منها في أسس ثابتة ومبادئ عامة لا غنى عنها لتحقيق العدالة في أي قانون، منها ما يتعلق بإجراءات التقاضي كمبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة بينهم،ومبدأ كفالة حق الدفاع لهم، ومنها ما يتعلق بالموضوع كمبدأ ربط قيام الالتزام الإرادي بتوافر الإرادة الحرة الواعية، ومبدأ التعويض عن الفعل غير المشروع. وعليه لم يكن من المتصور أن تتجاوز العدالة التحكيميه المعاصرة هذه الأسس والمبادئ التي ترتبط بتحقيق العدالة بصرف النظر عن كونها قضاء خالصاً للدولة أو تحكيماً يقوم على إرادة أطراف النزاع. ثم أن التحكيم في المجتمع المعاصر يقوم في رحاب دول لها قضاؤها المزود بسلطة الأمر وسلطة الرقابة على تصرفات الناس، ويتم تنفيذه في هذه الدول. وفي ظل هذه الحقيقة كان من الطبيعي أن يستعين التحكيم في أداء وظيفته بسلطة الأمر الثابتة للقضاء وان يخضع أدائه لرقابته.

وإذا كان التحكيم في جوهره أداة اتفاقية خاصة لحسم النزاع، فانه يضع سلطان إرادة الأطراف في مواجهة سلطان القانون. ولذلك لا غرابة في القول بان التحكيم يعبر عن التواتر المستمر بين مقتضيات احترام سلطان إرادة الأطراف وبين مقتضيات احترام التنظيم القانوني للمجتمع.[4] (الجمال، عبد العال، 1998)

فسلطان الإرادة يفترض تخويل طرفي النزاع حرية وضع أو اختيار الضوابط التي يسوى على أساسها النزاع القائم بينهم. والنظام القانوني للمجتمع يفرض الانصياع لأحكام القانون من كافة المخاطبين به.

ولهذا فقد عنيت النظم القانونية الوطنية المعاصرة بوضع تنظيم قانوني للتحكيم يوفق بين هذين الاعتبارين، بحيث يتناول الاتفاق عليه، ويحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامه، ويبسط كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي يسري عليها، والقواعد الموضوعية التي تخضع لها المنازعات المعروضة عليه.[5] (الجمال عبد العال، 1998) لذلك فقد افرد النظام القانوني الأردني قانوناً خاصاً للتحكيم من خلال القانون رقم (31) لسنة (2001)، وكذلك النظام القانوني الإنجليزي من خلال القانون الجديد لسنة (1996). ويلاحظ أن هذين القانونين يسعيان لتحقيق توازن بين سلطان إرادة الأفراد في التحكيم ودور النظام القانون للدولة في تحقيق العدالة بين الأفراد واحترام النظام العام.

وإن كان بعض شراح قانون التحكيم المعاصر لا يجعلون من مبدأ سلطان الإرادة مبرراً مستقلاً. لشرعية التحكيم،[6] (الجمال عبد العال، 1998) إلا أن لهذا المبدأ دورٌ كبير في قانون التحكيم لأية دولة من الدول .

وتسعى هذه الدراسة إلى الوقوف على دور سلطان الإرادة في عملية التحكيم من وجهة نظر المشرعين الأردني والإنجليزي، مع عدم الخوض في الأصول النظرية لسلطان الإرادة. ويأتي اختيار القانون الأردني والإنجليزي كمحور لهذه الدراسة لما يشكله هذان القانونان من تنظيم حديث للتحكيم يستقى من المبادئ الدولية السائدة والتي قننها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة (1985) ، كما نجد من المناسب إجراء المقارنة بين قانونين ينتميان إلى نظامين مختلفين معا: النظام اللاتيني والنظام الانجلوسكسوني، وهكذا ترمي هذه الدراسة إلى الوقوف على النطاق الذي يسمح فيه كل من المشرع الأردني والمشرع الإنجليزي لحركة سلطان إرادة الأطراف في مراحل التحكيم المختلفة.

ولعل هذه الدراسة تكتسب أهميتها من خصوصية التحكيم باعتباره يولي اهتماماً بارزاً للإرادة، الأمر الذي حفزنا للبحث من خلالها عن دور الإرادة في مراحل التحكيم ابتداءً من الاتفاق على اختياره وسيلة لفض النزاع مروراً بإجراءاته وصولاً إلى حكمه. وذلك لبيان المدى الذي أطلق فيه المشرع إرادة الأطراف كلما تعلق الأمر بالمصالح الخاصة لهم، والمدى الذي قيد فيه الإرادة كلما تعلق الأمر

بالنظام العام، وهل أن المشرع وظّف النظام العام في قانون التحكيم بما يخدم إرادة الأطراف باعتباره قيداً عليها، أم باعتباره عائقاً في وجهها؟

وللإجابة على جميع هذه التساؤلات فإننا سنقسم هذه الدراسة إلى أربع فصول أساسيه إضافة إلى الخاتمة والتوصيات.

يُعد الفصل الاول توطئه لهذه الدراسة حيث نعرض فيه لعلاقة مبدأ سلطان الإرادة بالتحكيم بشكل عام، وتم تقسيم هذا الفصل إلى موضوعين، تناول الموضوع الأول مفهوم مبدأ سلطان الإرادة للحد اللازم لأغراض هذه الدراسة، وتناول الموضوع الثاني التحكيم في ظل مبدأ سلطان الإرادة .

أما الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لدور سلطان الإرادة في مرحلة الاتفاق على التحكيم. وقسم هذا الفصل إلى أربعة مواضيع. تناول الموضوع الأول انعقاد العقد ويتناول الموضوع الثاني دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على شروط انعقاد عقد التحكيم، وتناول الموضوع الثالث . نطاق سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وتناول الموضوع الرابع دور الإرادة في آثار اتفاق التحكيم.

ويناقش الفصل الثالث نطاق سلطان الإرادة في مرحلة خصومة التحكيم"إجراءات التحكيم". وقد قسمنا هذا الفصل إلى أربعة مواضيع. تناول الموضوع الأول نطاق سلطان الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم، وتناول الموضوع

الثاني دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات وتحديد مكان التحكيم. أما الموضوع الثالث فقد خصصناه لدور سلطان الإرادة في تحديد سلطات المحكمين. واخيرا تناول المموضوع الرابع دور سلطان الإرادة في تحديد موعد بدء الإجراءات وانتهائها.

ويطرح الفصل الرابع سؤالاً حول مدى دور سلطان الإرادة في حكم التحكيم حيث تم تقسيمه إلى موضوعين. تناول الموضوع الأول دور سلطان الإرادة في مقدمات صدور حكم التحكيم، وتناول الموضوع الثاني دور سلطان الإرادة خلال مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم.

ونختم هذه الدراسة بخاتمة تتضمن أهم ما توصلنا إليه من نتائج وما نقترحه من توصيات.

مبدأ سلطان الإرادة والتحكيم

إن البحث في مدى نطاق سلطان الإرادة في التحكيم يتطلب ابتداءً بيان مفهوم سلطان الإرادة وعلاقته بالتحكيم، وذلك في جزئين، نخصص الأول لمبدأ سلطان الإرادة للحد اللازم لأغراض هذه الدراسة من حيث مفهومه، والنتائج المترتبة عليه ومن ثم نشأته وتطوره، وموقف الفقه الإسلامي و التشريع الأردني منه، ومن ثم نعرج على القيود التي ترد على هذا المبدأ.

أما الجزء الثاني فسنخصصه لعلاقة مبدأ سلطان الإرادة بالتحكيم من خلال بيان مفهوم التحكيم، ودور الإرادة فيه، ودورها كذلك في تحديد طبيعته لننتقل بعد ذلك إلى تقدير مبدأ سلطان الإرادة في العصر الحاضر، وأهميته في التحكيم.

مبدأ سلطان الإرادة بوجه عام

سنتناول في هذا الجزء بإيجاز تحديد مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، وتطوره من خلال أربعة فقرات هي:

1- مفهوم مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عليه.

2- نشأة مبدأ سلطان الإرادة وتطوره

3- موقف الفقه الإسلامي والتشريع الأردني من مبدأ سلطان الإرادة

4- القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عليه

إن تحديد المقصود بمبدأ سلطان الإرادة وبيان النتائج المترتبة عليه يقتضي منا البحث في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول) والنتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

للإرادة في القانون الحديث سلطان كبير في تكوين العقد والآثار التي تترتب عليه؛ [7] (السنهوري) فهي عماد التصرفات القانونية، وترتكز عليها معظم الالتزامات سواءً كان مصدر تلك الالتزامات إرادة منفردة أو توافق إرادتين. ويبرز هذا من خلال التعريف السائد للتصرف القانوني بأنه: ((اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، وقد يتمثل هذا الأثر القانوني في إنشاء الالتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه))، [8] (الداوودي، 1995) وكذلك من خلال تعريف العقد بأنه: ((توافق إراديين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواءً أكان هذا الأثر إنشاءً أو تعديلاً أو نقلاً أو إنهاءً للالتزام)). [9] (السنهوري)

فمبدأ سلطان الإرادة يعني بالدرجة الأولى أمرين، هما[10](فوده،2000-2001).

(أولاً) أن الإرادة تكفي وحدها لإنشاء العقد أو العمل القانوني بوجه عام بحيث تكون الحرية للشخص في أن يتعاقد فيلتزم بما يبرم من عقود، أو أن لا يتعاقد فلا يلتزم بشيء. وله الحرية في المساومة على شروط العقد، وأوصافه، ونوعه

وابتداع أنواع جديدة من العقود وفق حاجاته. فإذا استقر شخصان على التعاقد فيما بينهما، وعينا نوع التعاقد الذي يريدانه، فإن مجرد رضاهما بهذا التعاقد يكفي لانعقاده، دون حاجة إلى تعبيرهما عن هذا الرضا بشكل معين بالذات؛ فقد يكون بالكتابة أو بالإشارة أو بغير ذلك من وسائل التعبير عن الإرادة. [11] (مرقس، 1987) ويعبر عن هذا الوجه لمبدأ سلطان الإرادة بمبدأ الرضائية. وحسب مبدأ الرضائية المشتق من الحرية التعاقدية، ليس هناك أي شكل مفروض لصحة العقد؛ فلا سيادة للإرادة إذا كانت فعاليتها تخضع لشكلية ما.[12] (دغستان)

(ثانياً): أن الإرادة حرة في تعين الآثار التي تترتب على العقد أو العمل القانوني. فللطرفين حرية ترتيب الآثار التي تترتب على تعاقدهما، ولو كانت مغايرة للقواعد غير الآمرة؛ ولهما أن يتفقا على أن تكون الآثار المترتبة على اتفاقهما وفقا لقانون أجنبي معين. وعند الاختلاف على الآثار، فليس للقاضي إلا البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. ومتى كانت نية الطرفين واضحة، يجب على القاضي أن يطبقها ويلزم كلاً منهما بتنفيذها. [13] (مرقس، 1987) وهذا هو معنى اصطلاح العقد (شريعة المتعاقدين)، والذي يُعد ترجمة للمادة (1134) من القانون المدني الفرنسي التـــي تنص على أن: (الاتفاقــات المشروعـــة وفقــاً للقانـــون تقـــوم مقام القانون لعاقديها)). [14] (مادة 1134قانون مدني فرنسي) وقد رددت معظم التشريعات الحديثة هذا المبدأ، والذي بموجبه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو

للأسباب التي يقررها المتعاقدين. [15] (المادة 1/148 مدني سوري، المادة 241 مدني أردني، المادة 1/147 مدني مصري)

وفحوى هذا المبدأ أن الالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من القانون. فكما أن القانون يحول بين الأفراد وبين التحلل من الالتزامات التي يفرضها عليهم، كذلك لا يجيز العقد لأحد طرفية أن يتحلل بمحض ارادته مما ينشئه من التزامات، بل إن سلطان العقد يفوق سلطان القانون في نطاق الأحكام المفسرة، وهذه الأخيرة تحجم عن الإلزام، إذا ما أقدم المتعاقدان على تنظيم علاقاتهما وفق مشيئتهما وفي حدود النظام العام والآداب العامة. [16] (سوار، 1998)

ويثور التساؤل حول مدى اعتبار سلطان الإرادة اساساً لتفسير القوة الملزمة للعقد؛ فإذا كانت القوانين الحديثة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فهل أن القوة الملزمة للعقد ترجع إلى نظرية سلطان الإرادة؟

يقول الأستاذ فالين في هذا الشأن:" إن هذه النظرية تجد تفسيرها بالتقصي عن الأسباب التي بررت قيامها، وكذلك التي دعت إلى اضمحلالها، ويعمد الأستاذ فالين في هذا السبيل إلى تحديد مضمون نظرية سلطان الإرادة، وينحصر ذلك المضمون في القول: بأن التراضي الحر هو الشرط اللازم والكافي لكي يلقى التعهد حماية القانون، ويزيد من الأمر إيضاحاً من خلال إيراد الملاحظات التالية:

"1- الأفراد أحرار في التعاقد أو عدم التعاقد، فلا يوجد إلزام قانوني بإبرام عقد.

2- إذا لم يكن الرضا حراً فالعقد باطل، وهذا هو الأساس الذي قامت عليه نظرية عيوب الإرادة.[17] (المواد 140، 133، 134، 144،145 مدني أردني)

3- يحدد المتعاقدان باختياريهما مضمون العقد، وهذا هو الأساس الذي قامت عليه نظرية العقود غير المسماة، فالمتعاقدان ليسا مقيدين بحصر القانون لعدد معين من العقود.

4- في حالة تنازع القوانين في ميدان العقد، يحدد المتعاقدون باختيارهم التشريع واجب التطبيق، وهذه هي نظرية سلطان الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص.

5- متى تم إبرام العقد، فلا يمكن تعديله أو إلغائه إلا بتوافق الارادات التي أبرمته، ولا تملك ذلك أي إرادة أخرى، سواء كانت إرادة أحد الأطراف أو إرادة السلطة العامة، لذلك اقتصرت سلطة القضاء حيال العقود المبرمة على تفسيرها، أي إعمال إرادة عاقديها، لا تعديلها، وفرض شروط جديدة. وان جاز للقاضي أن يعدل في العقد في حالات استثنائية فما يجب أن يقوم به هو الحرص على أن ينسجم التعديل في النهاية مع إرادة الأطراف .

6- مهمة القاضي الذي يطرح عليه أمر فض النزاع المتعلق بتنفيذ العقود وجوب التقصي عن النية المشتركة للمتعاقدين." [18] (فوده، 2000-2001).

"وكذلك تُستنتج قوة إلزام العقد من مبدأ سلطان الإرادة فإذا لم يكن الإنسان

ملزماً عن طريق إرادة الاخرين، **فهو ملزم من ذاته، بحيث يحل محل الإكراهات** الخارجية الإكراه الداخلي وسلطان الإرادة، أي تبعية الإرادة تجاه ذاتها، ما إن يتم التعبير عنها. وهذا ما يفهم من نص المادة (1134) مدني فرنسي التي بموجبها " تحل الاتفاقات المعقودة شرعا محل القانون تجاه من وضعوها"، وبذلك فإن أساس الرباط العقدي ليس الإرادة في حركاتها، وإنما الإرادة الأولية الجدية التي يتم التعبير عنها لدى إبرام العقد، فيكون كل فريق بعد ذلك سجينها." [(19)] (دغستان دون سنة)

ومما لا شك فيه أن سلطان الإرادة يهيمن على القواعد التي تحكم العقد في تكوينه وفي إنشاء آثاره، وانقضائه، أي أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، وفي تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية، فهي التي توّسع، وتضيِّق من الآثار التي رتبها القانون على العقد، وتعدل هذه الآثار بعد ترتيبها، وتنهي العقد بعد إبرامه، ولا يحد من سلطانها إلا اعتبارات الصالح العام.[(20)] (زكي، 1978)

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

يترتب على مبدأ سلطان الإرادة العديد من النتائج خلال تكوين العقد وخلال مرحلة ما بعد قيامه. ونعرض لهذه النتائج في هاتين المرحلتين كلا في فقره مستقلة:

أولا: سلطان الإرادة خلال تكوين العقد يبرز سلطان الإرادة في تكوين العقد من خلال المظاهر التالية:

الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، ومفاد ذلك أن الفرد يتعاقد كما يشاء.

غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، إذ ليس للمتعاقدين أن يبرما عقداً مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة. والفرد حرّ في ألا يتعاقد، إلا أن هذه الحرية ليست بدورها مطلقة بل ترد عليها قيود، من ذلك الإيجاب الملزم.[21] (مادة 98 مدني اردني)

الفرد حر في تحديد شروط عقده، وهذه هي الحرية التعاقدية التي تعد جوهر مبدأ سلطان الإرادة، بحيث تتيح للأطراف أن ينظموا علاقاتهم مباشرة ودون الحاجة إلي تبني جميع النماذج التي قد يقدمها المشرع. وذلك لا يعني استبعاد جميع القواعد القانونية، إذ ليس ثمة شك أن من هذه القواعد ما هو آمر ذو صلة بالنظام العام لا تقوى الإرادة على الخروج عليه. [22] (سوار، 2000-2001)

وبينما تتعلق النتائج المذكورة أعلاه بمضمون العقد، فإن التساؤل يثور حول دور سلطان الإرادة إزاء شكل العقد.

إن الشكلية في الاتجاه الحديث مهما بلغت من التوسع في العقود تختلف عن الشكلية التي أخذت بها القوانين القديمة، إذ كان الإجراء الشكلي هو وحده الذي يكوّن العقد بقطع النظر عن إرادة المتعاقدين. فلم يكن من الجائز-متى تم ذلك الإجراء الشكلي وفقاً للقانون الطعن في العقد بأي عيب من عيوب الرضا، أما في القوانين الحديثة فليس للإجراء الشكلي مثل هذه القوه في إنشاء العقد، وإنما هو ركن إضافي يلزم توفره فوق الأركان الأخرى اللازمة لانعقاد العقد، وفي مقدمتها رضا الطرفين أو توافق الإرادتين. فالشكل لم يعد هو المكون للعقد بل صار قالباً فقط تصب فيه

الإرادة ، بحيث إذا وجد هذا القالب، وانعدمت الإرادة التي كان يلزم صبها فيه أو وجدت ولكنها كانت مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه وقع العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بالرغم من استيفائه الشكل الذي نص عليه القانون.[23] (مرقس1987)

وعليه فإن الشكل لا ينشئ العقد مستقلاً عن الرضا بخلاف العقود الرضائية التي تقوم على أساس التراضي دون الشكل إلا إذا نص القانون صراحة على وجوب استيفائه، فينقلب العقد عند ذلك شكلياً. وهذا هو المقصود بالقول إن الأصل في العقود هو الرضائية، والاستثناء هو اشتراط أن تصب تلك الإرادة في قالب معين لمقتضيات الصالح العام، بشرط أن ينص القانون على ذلك. وقد تكون الشكلية تجسيداً للرضائية، إذا أراد الطرفان أن تنصب إرادتهما في قالب معين، حتى يرتب العقد آثاره. وبذلك تكون الشكلية في هذه الحالة حتى لو لم ينص القانون عليها واجبة الاحترام، احتراماً لإرادة الطرفين اللذين اتجهت إرادتهما إلى ذلك.

والشكلية اليوم تختلف عما كانت عليه بالأمس فهي حماية إضافية للرضا فقد كان من مثالب القانون الروماني اعتبار الشكلية معفية من التحقق من الرضا، فالشكل المطلوب يجذب الانتباه إلى أهمية التعهد الصادر بدقة، فإذا كانت الرضائيه تهدف إلى التبسيط والسرعة والاقتصاد –وبذلك تسهل التبادل والنشاط التجاري– فإن الشكلية تستخدم في العلاقات التجارية من اجل التوفيق بين التبسيط والسرعة

الضروريتين لها وبين حماية الرضا، وتعطي الأشكال المفروضة في تحرير الشيكات وتقديمها تعبيراً مبسطا لعمليات معقده[24] (دغستان)، بحيث أصبحت الشكلية دعامة أساسية للرضا، وان اعتبرت قيداً فهي قيدٌ إيجابيٌ وليس عقابياً حيث وجد لحماية الإرادة.

ثانياً: سلطان الإرادة بعد قيام العقد. "أن كل متعاقد يستطيع في ظل القانون المدني الأردني كغيره من القوانين أن يعتصم بالعقد، وان يرفض أي تدخل للسلطة العامة، إذا دعاها الطرف الأخر لمساعدته. وعليه فليس للقاضي أن يعيد النظر في العقد، وليس له أن يعدل في أحكامه، وهذا ما جرت عليه المادة241 من القانون المدني الأردني بقولها: ((إذا كان العقد صحيحاً لازماً، فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون)). وظاهر هذا النص أن العقد يجوز نقضه أو تعديله أو فسخه باتفاق الطرفين وهو إذا ما نقض أو عدل أو فسخ بالاتفاق، نكون أمام نصر جديد لمبدأ سلطان الإرادة." [25] (سوار، 1996).

نشأة مبدأ سلطان الإرادة وتطوره

نشأ مبدأ سلطان الإرادة في القانون نتيجة لالتقاء الفلسفات الحرة التي سادت خلال القرن الثامن عشر مع مبادئ الحرية الاقتصادية التي سادت خلال القرن التاسع عشر. وكان المحور الذي تدور حوله هذه الفلسفات هو حرية الفرد، وتحريره

من كل ضغط خارجي عليه، وبصفة خاصة الضغط الصادر من القانون.

"والوسيلة المثلى لحماية حرية الإنسان هي إرادته بحيث يلتزم بما يرضاه وكل ما يرضى الإنسان الالتزام به هو تعبير عن حريته وهكذا أصبح العقد تعبيراً عن العدالة."[26] (تناغو، 1999) عندها أصبح للإرادة الدور الفعال في إنشاء العقد، وترتيب آثاره، علما بان هذا الدور للإرادة لم يكن سائداً ولم يكن معروفا في النظم القانونية القديمة، بحيث لم يكن للإرادة –على الرغم من معرفتهم بها–دورٌ منتجٌ إذا لم تقترن بالشكلية.[27] (جعفر، 1982)، ويمكن القول إن الإرادة قد مرت من حيث حريتها، ومن حيث مدى قدرتها على إنشاء العقد وترتيب آثاره القانونية– بأدوار عديدة– فقد كانت العقود شكلية، ولم تكن تنعقد ما لم تمارس طقوس وشكليات معينة حددتها الشرائع القديمة. فلم تكن الإرادة بذاتها كافية لإحداث العمل القانوني المطلوب أو إنشائه.

وبعد تقدم المجتمع وتطوره شيئاً فشيئاً، نتيجة التبادل التجاري اجتاز القانون الروماني هذه المرحلة إلى مرحلة أكثر تقدماً وتطوراً على صعيد الشكلية والرضائية إذ تم استثناء أربعة عقود من قاعدة الشكلية، وهي: عقد البيع والإيجار والشركة والوكالة. ورغم هذا التطور ظلت الشكلية هي القاعدة العامة في القانون الروماني إلى أواخر عهوده، وهي بلا شك عبءٌ ثقيل على التصرفات، رغم العمل على تهذيبها، حتى انحصرت في أخر الأمر في ألفاظ معينة يتعين استعمالها في كل عقد

كي يترتب الأثر المقصود. وفي وقت لاحق تحررت الإرادة من الشكلية. والفضل في تحريرها من هذا العبء الثقيل يرجع إلى القانون الكنسي الذي وسع من الرضائية لتصبح مبدأ عاما في العقود، وذلك كله نتيجة لتأثير المبادئ الدينية التي قوامها احترام الوعد والتعهد، واعتبار الإخلال بهما خطيئة دينية يترتب عليها إمكان إكراه المتعاقد المقصر على تنفيذ ما تعهد به عن طريق دعوى تقام عليه أمام المحاكم الكنسية، وهكذا انقلبت الأوضاع فأصبحت الإرادة قادرة على إنشاء العقد، وأصبح قاعدة في القانون الكنسي ما كان بالأمس استثناء في القانون الروماني، وتم استبدال الأساس الديني لحرية الإرادة في إبرام العقود (مبدأ الرضائية) بأسس فلسفيه وسياسية واقتصادية كلها اصطبغت بصبغه فردية نتيجة لسيادة المذهب الفردي الذي كان آنذاك في عصره الذهبي، وهكذا وصلت الإرادة في تطورها إلى أن أصبحت حرة طليقة من أي قيد، أو إجراء شكلي يحدها ويعوقها عن إنشاء العقد وتكونيه. [28] (جبوري، 2002)

وقد اختلف الدور الذي لعبه كل من المذهب الفردي والاشتراكي المؤثر في سلطان الإرادة كما كان للدولة دور أيضا في انتشار هذا المبدأ على النحو الذي سنبينه تباعاً.

الفرع الأول: اثر المذهب الفردي في نشأة مبدأ سلطان الإرادة وتطوره

يقوم المذهب الفردي على اعتبار الفرد غاية في ذاته. ذلك أن النوع الإنساني

لا يقوم إلا على الأفراد وبالأفراد، فالفرد هو أساس المجتمع وغايته. [29] (أبو السعود دون سنه) وقد اثر هذا المذهب على الفلسفات المختلفة، فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية، وهي ترى أن أساس الالتزام هو الرضا والاختيار. ولذلك يقوم الالتزام على الحرية الشخصية ووجوب احترامها؛ فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها. [30] (الحكيم، 1993)

وكذلك ظهرت فكرة العقد الاجتماعي في مجال الفلسفة الاجتماعية، [31] (سلطان)، على اعتبار أن العقد الاجتماعي ما هو إلا اتفاق الإرادات الحرة. كما انتشرت فكرة الحرية الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية،[32] (سلطان دون سنه) فقام أنصار المذهب الحر ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً على أساس أنه : "لو ترك الناس أحرارا في نشاطهم الاقتصادي، وفتحت أبواب المنافسة بينهم، لم تلبث الأمور أن تستقر، وتتحدد الأسعار عن طريق المنافسة والعرض والطلب، لا عن طريق تحكمي يمليه المشرع". [33] (الحكيم، 1993) ومعنى ذلك أن الإرادة هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار المترتبة عليها إلا لإرادة المتعاقدين.[34] (السنهوري دون سنه) وعلى حد تعبير الكاتب الفردي السير جورج جل (George -Jesel): ((إذا كان هناك وجه للمفاضلة بين أمر وأخر مما يتطلبه النظام العام، فانه يجب أن يكون للأشخاص الراشدين وذوي التمييز الحرية المطلقة في التعاقد، وان تعتبر عقودهم – متى أبرمت بحرية

وطواعية – شريعة مقدسة، كما يجب أن تنفذ بواسطة المحاكم)).[35] (سيشسير وآخرون، 1987)

وعليه تم الاعتراف بالعقد أداة أساسية في التعامل، ومصدرا رئيسياً لإنشاء الحقوق والالتزامات؛ وبذلك انتشر التسليم في دائرة العقود بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه الرضائية والعقد شريعة المتعاقدين.[36] (مرقس، 1987) ولم يكن ذلك كله إلا بفضل أثار المذهب الفردي، فكان للمذهب الفردي في نطاق القانون الخاص وتحديداً في الحقوق الشخصية والالتزامات الدور الفعال من خلال تدخل القانون في الكثير من أحكامه بقواعد قانونية مكملة، أو مفسره، وليس فيه إلا القليل من القواعد الآمرة. والقواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها أو استبعاد حكمها بحيث تنعدم بمواجهتها حرية الأفراد ويجبرون على احترامها لتعلقها بإقامة النظام في المجتمع هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد تكون مراعاةً لظروف وأوضاع اجتماعية يرى المشرع معها وجوب النص على قواعد في القانون آمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لمصلحة أشخاص يتعين تحقيقها أو رعاية لمصلحة فئة معينه من فئات المجتمع. أما القواعد المكملة فهي تلك القواعد التي تكمل إرادة الطرفين وتسري عليهما في حالة سكوتهما عن تنظيم علاقاتهما وفقًا لإرادتهما، فيجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها لعدم تعلقها بكيان الدولة والنظام الاجتماعي فيها، وفيما ليس فيه ما يعارض وجوب حماية أشخاص أو فئات معينه من فئات المجتمع. ففي غير هذه الحالات، يجوز ترك الأفراد أحرارا يُقدرون

أمورهم بالطريقة المثلى لأنهم اقدر من الدولة على القيام بذلك. ويكون التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة من خلال النص المباشر على عدم جواز الاتفاق أو اعتبار التصرف باطلاً، ونمثل لذلك من خلال ما جاء في نص المادة(790) من القانون المدني الأردني بأنه:"يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه"، أما إذا جاء النص على جواز الاتفاق نكون أمام قواعد مكمله أو مفسره لإرادة الطرفين، فقد نص القانون المدني الأردني في المادة (522) أن:"على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك". وفي حالة عدم النص المباشر يمكن التمييز من خلال الرجوع إلى مضمون النص والاستئناس بمعناه، فإذا تعلق المضمون بالمصالح الأساسية للمجتمع، أو أريد من خلاله حماية أشخاص معينين أو فئة من فئات المجتمع، عند ذلك تكون القاعدة آمره. أما إذا تبين أن هذا المضمون يتعلق بتنظيم مصالح خاصة للأفراد، لا تتصل بالمصالح الأساسية للمجتمع، أو المصالح الشخصية، أو الفئوية الواجب حمايتها، كانت القواعد مكمله.[37] (الصراف، حزبون، 1996).

ونرى أن هذه القواعد الآمرة التي اعتبرت قيدا على الإرادة، لم تهدف بالنتيجة إلا إلى احترام الحرية من خلال عدم السماح لها بالاتجاه نحو أمر له مساس بمصلحة المجموع وسيادته.

الفرع الثاني: اثر المذهب الاشتراكي على مبدأ سلطان الإرادة

"يقوم المذهب الاشتراكي، خلافاً للمذهب الفردي، على تقديس الجماعة، وقد وصل في تطرفه في الأنظمة الشيوعية إلى إهدار الكثير من حقوق الأفراد، وإنكار الملكية الفردية، وجعل الإنسان آله تعمل لمصلحة الجماعة. ولا يخفى أن المذهب الاشتراكي يؤدي -وخصوصاً لدى المذاهب المتطرفة- إلى طغيان سلطان الدولة وإعدام كل حرية فرديه. وبدلاً من وجود قله مستغله تنشأ طبقه مستعبده كما هو الحال في أنظمة الحكم الشيوعي."[38](أبو السعود، دون سنة)

وقد كان لهذا المذهب أثر كبير في القانون الحديث تمثل في "انتكاص" مبدأ سلطان الإرادة. [39] (السنهوري، دون سنة)

وترتب على الأخذ بالنظام الاشتراكي استئثار الدولة بقطاع هام في الصناعة والتجارة، فصار هذا القطاع بمنأىً عن نشاط الأفراد وانحسر عنه من ثم سلطان الإرادة، فلم يعد مبدأ مطلقاً إذ أُخرج من نطاقه جزءً مهاً من النشاط الاقتصادي وأحاطت بأجزائه الأخرى قيوداً على الحرية. [40] (زكي، 1978)

ولا يعدو الفرد من وجهة نظر المذهب الاشتراكي؛ أن يكون مجرد سن في دولاب متعدد الأسنان، فإما أن يدور مع الدولاب أو ينكسر لأن القيمة للمجموع من حيث العدالة في التوزيع، فمن كلٍ قدر طاقته ولكلٍ قدر حاجته. من هذا المنطلق هوجمت الملكية الفردية، والحرية الفردية، والإرادة الفردية، عندما لا تنسجم مع الإرادة الجماعية.

وخير مثال على اثر المذهب الاشتراكي في تقيد حرية الإرادة هو النظام القانوني الحديث لعقد الشركة فعلى الرغم من أن الشركة "عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ من ربح أو خسارة"، [41] (المادة 582 مدني أردني) وأثر المذهب الاشتراكي في تدخل الدولة في الشركات -وتحديداً شركات الأموال- من خلال قواعد قانونية آمرة تحد من سلطان الإرادة فلم تعد الشركة مجرد توافق إرادات، بل أصبحت أشبه بمؤسسة أو منظمة للدول فيها آثار لا تخفى، وتدخلات تحد من سلطان الإرادة.

فالأفكار الاشتراكية هي أفكار اجتماعيه تقيد من مبدأ سلطان الإرادة، إذ إنها تنادي بضرورة تدخل الدولة بواسطة أحكام القانون لتنظيم علاقات الأفراد، حتى في معاملاتهم الخاصة، تنظيماً إجباريا.[42] (أبو السعود، دون سنة)

وكذلك كان للمذهب الاشتراكي تأثيراً ملحوظاً على التحكيم في البلاد الاشتراكية، إذ ملكت الدولة كل وسائل الإنتاج، وسحبت السلطة الاقتصادية من أيدي المجتمعات الخاصة لتوضع تحت مراقبة المصلحة الجماعية، أي مصلحة الدولة التي تضع بنفسها خطة الإنتاج التي يدور اقتصاد البلاد حولها حتى أصبحت الدولة هي الموجهة للصناعة والتجارة والزراعة. ولذا فإن اللجوء للتحكيم إجباري في بعض الدول الاشتراكية يعد أمراً مألوفاً خلافاً لما هو عليه الحال في بلاد الاقتصاد الحر.[43] (الأحدب)

الفرع الثالث: علاقة الدولة بمبدأ سلطان الإرادة

لقد كان وما زال للدولة الحديثة الأثر الأكبر على تطور مبدأ سلطان الإرادة، وذلك من خلال القوانين التي تشرعّها، وما تورد فيها من قيود على حرية الأفراد باسم النظام العام والآداب العامة والعدل التوزيعي، فتُقلص بذلك من مبدأ سلطان الإرادة، أو توسع منه مستندةً في ذلك إلى الظروف الراهنة في كل مجتمع، وقدرة الفرد على تسيير الأمور بإرادة واعية مقتدرة.

وبتقديرنا فإن دور الدولة في اتساع مبدأ سلطان الإرادة مرهون بوعي الفرد وقدرته على تحمل المسئولية وتفهمه لانتهاء حريته عند ابتداء حرية الآخرين. وهكذا لا يمكن النظر إلى مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ مطلق، إذ يمكن أن يتدخل المشرع في إبرام العقود وشروطها اعترافا بأن العقد يمس النظام الاجتماعي والاقتصادي، "وتدخل المشرع في تلك الأحوال جاء مراعاة للصالح العام، وحماية للطرف الضعيف في العقد، ثم إن ما استحدثه المشرع في التقنينات المدنية الحديثة من أحكام تتعلق بالاستغلال، والحوادث الطارئة (نظرية الظروف الطارئة) وعقود الإذعان، ما هو إلا ضرب من ضروب الالتفاف على حرية الإرادة وسلطانها والحد منها في تحديد مضمون الاتفاق المبرم الذي ينبغي أن يكون شريعة لطرفيه."[44] (الجبوري ، 2002)

موقف الفقه الإسلامي والتشريع الأردني من مبدأ سلطان الإرادة

إن تحديد موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة، وموقف التشريع الأردني يقتضي منا تقسيم هذا الجزء إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الثاني: موقف التشريع الأردني من مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة.

تعتبر الشريعة الإسلامية هي القانون الذي يجب أن يطبق في البلاد الإسلامية إعمالاً لقوله تعالى: ﴿ ومن لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ [45] (سورة المائدة ، 44) فمن الطبيعي والمعقول ولمصلحة الأمة وأفرادها أن تكون الشريعة هي قانون هذه البلاد والأساس لكل تقنين فيها، وبخاصة أن معظم دساتير الدول الإسلامية- بما فيها الأردن- تنص على أن دين الدولة الإسلام.[46] (المادة 2 من الدستور الأردني)

ويمكن أن تستمد قواعد متطورة للعقود من الفقه الإسلامي الذي أكد أهمية سلطان الإرادة. فقد جعل الله سبحانه وتعالى حرية الإنسان في الإيمان به أساساً لعبادته إعمالاً لقوله تعالى: ﴿ لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي ﴾. [47] (سورة البقرة، 256) وقوله تعالى: ﴿ فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر ﴾. [48] (سورة الكهف، 29) ففي هذه الآيات احترام لإرادة الإنسان ونهي عن إجبارها وإكراهها بالقوة.

ومن أهم أصول التعاقد في الفقه الإسلامي التراضي؛ فالأصل في العقود في الشريعة الإسلامية الرضائية، [49] (فوده، 2000-2001) اعمالاً لقوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين أمنوا لا تأكلـوا أموالكـم بينكـم بالباطل إلاَّ أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [50] (سورة النساء، 59) كما ورد في السنة النبوية قوله ﷺ: (لا يحل مال أمريء مسلم إلاَّ عن طيب نفس منه) .[51] (ابن تيمية) ومعنى هذا أن الناس أحرار في إبرام ما يشاءون من التصرفات والعقود ضمن حدود مقاصد الشرع.

فكل ما يطلق عليـه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بـه طالما تحقق الرضا.[52] (فوده) وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في إقرار مبدأ سلطان الإرادة، فجعلت الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقود دون أن تصب في قوالب شكلية.

وقد نص الفقهاء المسلمون على ذلك صراحة.فقد قرر ابن تيميه (أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجته ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد). [53] (ابن تيمية) كما قال الكاساني:(أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً له وله ولاية عليه). [54] (الكاساني،1982)

يتضح من ذلك أن الفقه الإسلامي اعترف للإرادة بوضوح تام بدور في إنشاء العقود وأن العقد مصدر من مصادر الحق الشخصي. غير أن الفقه الإسلامي

أجاز الحد من سلطان الإرادة، ووضع قيوداً عليها لاعتبارات معينة منها حماية مصلحة الطرفين والغير، ومراعاة لمقاصد الشريعة الإسلامية، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف: (المؤمنون عند شروطهم إلاَّ شرطا أحل حراما أو حرم حلالاً). [55] (نصب الرآيه)

ولا شك أن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده من العمل موافق لقصد الشارع من التشريع والدليل على ذلك واضح من وضع الشريعة فهي موضوعه لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع [56].(الشاطبي)

وبذلك فالأصل في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد وأن العقد وليد الإرادة ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية والاستثناء هو القيود التي قد ترد على حرية التعاقد.

الفرع الثاني: موقف التشريع الأردني من مبدأ سلطان الإرادة.

نهج المشرع الأردني في القانون المدني نهج الفقه الإسلامي بشأن الرضائية في العقود وسلطان الإرادة، وأن العقد وليد الإرادة ينشأ بالإيجاب والقبول، وأكد مدى اهتمامه بالفقه الإسلامي من خلال اعتباره المصدر الأساسي من مصادر القانون المدني. فأورد نصوصاً تؤكد احترامه لمبدأ سلطان الإرادة فجاء في نص المادة (4/88): ((يصح أن يرد العقد على أي شيء أخر ليس ممنوعاً بنص القانون

أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة)). وذهبت المادة (199/أ) إلى النص

1- ((يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي أمر أخر ما لم ينص القانون على غير ذلك)).

2- ((أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منها)). وذهبت المادة (213) إلى أن: (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد)). وأشارت المادة (214) إلى أن: ((العبــرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)). وذهبت المادة (242) إلى أن: ((للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده)). وكذلك المادة (233) تنص على((التصرف على الــرعيــة منوط بالمصلحة).وأشارت المادة (245) إلى انه: ((يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلاَّ إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه)).

يستدل من كل ذلك أن المشرع الأردني اعتمد بوضوح مبدأ الرضائية في العقد، [57] (السرحان، خاطر، 1997) متأثراً في ذلك في الفقه الإسلامي، ولكنه قيده استثناءً بقيود تهدف لحماية المصلحة العامة، والمحافظة على النظام العام والآداب العامة. ومراعاةً للتوازن بين حقوق الطرفين حماية للطرف الضعيف ولغايات تحقيق العدالة .

من خلال استعراض النصوص المتقدمة من القانون المدني الأردني، يتضح اهتمام المشرع بمبدأ سلطان الإرادة وقت تكوين العقد، فيكون للعاقدين الحرية الكاملة في أن يتعاقدا وفي أن لا يتعاقدا، وعند تعاقدهما يكون كل منهما حراً في تحديد شروط العقد الذي أبرمه، وهو حر في إنهاء عقده شريطة رضا الطرف الأخر أيضاً، غير أن حرية العاقد في أن يتعاقد جاءت مقيدة بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة استناداً لأحكام المادة (2/169). أما حرية الفرد في ألاَّ يتعاقد فهي واضحة فلا إجبار على أحد في أن يدخل في عقد من العقود؛ فليس من الجائز أن تترتب المديونية على أحد لا يرغب فيها، كما أنه لا يجوز إلزام أحد بأن يكون دائناً كما أشارت لذلك المادة (1/558) بشأن قبول الهبة من الموهوب له. ومع ذلك ترد استثناءات على حرية الشخص في عدم التعاقد كما هو الحال في الإيجاب الملزم إذا صدر من شخص وحدد ميعاداً لقبوله لا يحق له الرجوع فيه قبل انقضاء ميعاده استناداً لأحكام المادة (1/198).

كما أن من مبدأ سلطان الإرادة حرية الفرد في تحديد شروط عقده، وهي حرية التعاقد التي تتمثل في قدرة الأفراد على تنظيم علاقاتهم وفي استبعاد جميع ما يقترح المشرع من نماذج مقررة في القانون، على أن يكون ذلك مرهوناً باحترام النظام العام والآداب العامة. والفرد حر في إنهاء عقده برضا الطرف الأخر أيضاً وهو من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة بعد تكوين العقد وقيامه.

وعليه، ليس للقاضي كقاعدة عامة أن يعيد النظر في العقد بأن يعدل في أحكامه، [58] (المادة 241، مدني اردني) طبقاً للقوه الملزمة للعقد إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك. غير أن اعتبارات العدالة من ناحية، والصالح العام من ناحية أخرى دفعت بالمشرع إلى منح القاضي في بعض الأحوال -وعلى سبيل الاستثناء- سلطة إنهاء العقد أو تعديله ومنها ما نص عليه القانون بخصوص عقود الإذعان حيث أجاز المشرع للقاضي فيها أن يعدل الشروط التعسفية، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وكذلك سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وكذلك خـول المشـرع القاضي سلطـة منـح المدين أجلا للتنفيذ (نظرة الميسرة) إذا استدعت حالته ذلك علـى أن لا يلحـق بالدائن من تأجيـل حقه ضرر جسيم [59].(اللصاصمه دون سنه).

كما أن الأصل في العقود وفقاً للقانون المدني الأردني الرضائية وما الشكل إلاّ استثناء لا يجوز التوسع به أو القياس عليه، ولا يكون إلا بنص قانوني، أو إذا اتجهت الإرادة إلى أن تصب هذه الاتفاقات في قالب معين استناداً للرضائية.

القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة

أظهرت الفقرات السابقة أن مبدأ سلطان الإرادة، على أهميته وانتشاره، لا يعد مبدأ مطلقاً؛ بل ترد عليه استثناءات تقيده من عدة وجوه سواء ما تعلق منها بإبرام العقد أو آثاره ومضمونه.وهذا ما سنعرض له فيما يلي.

أولا: القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في نطاق إبرام العقد(الرضائية). يقصد الفقه غالباً بالرضائية قدرة الإرادة على تكوين العقد ولا علاقة لها بتحديد مضمونه. وذلك يعني أن التراضي كافٍ لإبرام العقد، فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين أياً كانت طريقة التعبير عنها.[60] (زكي دون سنه) ولكن يلحق مبدأ الرضائيه بهذا المعنى قيودٌ آتية من الشكلية التي يقررها القانون بالنسبة إلى بعض التصرفـــات، ومن ذلك القواعـــد التـــي تتعلق بالشهر وتلك التي تتعلق بالإثبات. [61] (الصده، 1987) ويلاحظ أيضا أن الغاية من اشتراط الأشكال في بعض العقود في القوانين الحديثة هي حماية المتعاقدين وتنبيهيهما إلى خطورة التصرف الذي يقدمان عليه كما في الهبة أو تحقيق الاستقرار بتوحيد الصور التي يتم بها إبرام بعض التصرفات الهامة كثيرة الانتشار، [62] (الشرقاوي، 1991) كالتصرف بالعقارات أو المركبـــات. فقد نصت المادة (1148) من القانون المدني الأردني على انه ((لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقا لأحكام القوانين الخاصة)).وكذلك نصت المادة (7) من قانون السير الأردني على انه ((تعتبر معاملات نقل ملكية المركبات ورهنها وسائر التصرفات القانونية المتعلقة بها باطلة ما لم يتم تسجيلها وتوثيقها في إدارة السير))، وذلك لتعلق هذه التصرفات بالاقتصاد الوطني وبالتالي بالمصالح العليا للمجتمع. [63]

(المادة 1148، مدني أردني، المادة 7 قانون السير الأردني).

فكفاية التراضي لإنشاء العقد يُفيد بالضرورة كفاية الإرادة المشتركة لإنشائه، وبالتالي استقلالها بهذا الإنشاء دون حاجة إلى إجراء شكلي أخر، ولكن الاستثناء على هذا المبدأ يتمثل في ضرورة إفراغ ذلك التراضي في شكل معين.[64] (الجبوري،2002) مراعاة لمقتضيات الصالح العام ولحماية الطرف الضعيف، ولأهمية التصرف ذاته.

ثانيا: القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في نطاق الاتصال بآثر العقد (العقد شريعة المتعاقدين). الأصل أن الإرادة حره في تحديد آثار التصرف القانوني الذي اختارته؛ غير أن هذه الحرية مقيدة بالنظام العام والآداب العامة. [65] (الصدة، 1994) وقد أخذ المشرع الأردني بذلك من خلال نص المادة 4/88 من القانون المدني الأردني بقولها ((يصح أن يرد العقد على أي شيء أخر ليس ممنوعا في القانون أو مخالفا للنظام العام أو الآداب)).كما وترد على حرية الإرادة قيود مستمدة من القواعد القانونية الآمرة التي لا يسمح القانون بمخالفتها ويجعل الاتفاق المخالف لها باطلا كقواعد التسعير الجبري، ومعظم قواعد قانون العمل. [66] (الشرقاوي، 1991) ويقوم القضاء من جانبه بمراقبة اتفاق العقود مع هذه القيود من خلال تحديد مشروعية السبب وتطبيق قواعد النظام العام. [67] (الصدة، 1994).

والخلاصة أن سلطان الإرادة يشكل القاعدة العامة، مع ورود بعض الاستثناءات عليه. فالأصل في الإنسان الحرية واستقلال إرادته، ولا يكون الأمر

غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون. أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل، وما يقال حول قيد النظام العام وقواعد العدالة يجب أن لا يطمس سلطان الإرادة. وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعنى بشيء، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملا في تفسير العقد، وترتيب نتائجه وأثاره. [68] (الحكيم، 1993)

التحكيم في ظل مبدأ سلطان الإرادة

بعد أن فرغنا من عرض سلطان الإرادة كمبدأ عام، يحسن بنا أن نلقي الضوء على علاقة سلطان الإرادة بالنظام الكلي للتحكيم بشكل عام. وسوف نعرض لهذا الموضوع من خلال النقاط التالية:

1- دور الإرادة في تحديد مفهوم التحكيم.
2- أثر مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.
3- تقدير مدى الحاجة للتحكيم ودور الإرادة في إقراره.

دور الإرادة في تحديد مفهوم التحكيم

يتجلى الاعتراف بدور سلطان الإرادة في التحكيم من خلال الاعتراف باتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وقبول المحكم لمهمته. وهذا هو المبدأ السائد في القوانين الوضعية. فمع أن صاحب الولاية للفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد هو قضاء الدولة، إلا أن المشرع رخص للأفراد باللجوء إلى التحكيم

احتراماً لارادتهم من جهة، ورغبةً من المشرع في التخفيف من عبء المنازعات الملقاة على كاهل القضاء الوطني من جهة أخرى.

الفرع الأول: التعريف بالتحكيم ودور الإرادة فيه

التحكيم في اللغة: هو التفويض في الحكم.[69] (القاموس المحيط) ويقول ابن منظور في اللسان (حكّموه بينهم: أرادوه أن يحكم بينهم، ويُقال حكّمنا فلاناً بيننا أي أجزنا حُكمهُ بيننا)[70]. (ابن منظور)

والتحكيم في الاصطلاح الشرعي:(تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما برضاهما). أي رضاء ذوي الشأن فض نزاعاتهم عن طريق أشخاص ليسوا بقضاة دولة[71] (الدوري، 1985).

ويقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني، فعل المحتكمين اللذين يختاران طرفاً محايداً للفصل في النزاع ويرتضيان مقدما النزول عند حكمه، وكذلك فعل الطرف المحايد وهو قيامه بالحكم في النزاع. [72] (الجمال، عبد العال) أي اتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يمكن أن تثور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم محكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم كيفيه اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من هيئات التحكيم الدائمة أو مراكزها، لتتولى تنظيم عمليه التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه

الهيئات أو المراكز.[73] (بريري، 1995) ولا نكون أمام تحكيم بالمعنى القانوني إلا كلما كانت مهمة الشخص (المحكم) إصدار قرار ملزم لطرفيه.[74] (الجمال، عبد العال) فمفهوم التحكيم لغةً واصطلاحاً يفترض وجود اتفاق بين شخصين أو أكثر على خلق كائن عضوي للفصل فيما ينشأ أو نشأ بينهما من منازعات. [75] (عبد القادر، 1996)

وممارسة الأفراد للتحكيم تستند إلى الرضائيه سواءً أكان ذلك من خلال الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشوئه، وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم (Submission Agreement)، أو من خلال الاتفاق مقدماً قبل تحقق النزاع على تسوية أية منازعات تنشأ عن العقد بطريق التحكيم، وهو ما يعرف بشرط التحكيم (Arbitration Clause).[76] (الدوري) وقد يكون التحكيم حراً وهو ما يسمى تحكيم الحالات الخاصة (AD-HOC)، أو مؤسسياً(Institutional) بحيث تنصرف إرادة الأطراف إلى اختيار هيئه دائمة للتحكيم تقوم بتقديم خدمات لاطراف النزاع في التجارة الدولية، وتهيئ الظروف لإجراء هذا التحكيم بما لها من سكرتارية دائمة ولوائح وقوائم بأسماء المحكمين المؤهلين. [77] (رضوان، 1981) وبذلك فالتحكيم هو اتفاق بمقتضاه يعهد إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادي مهمة الفصل في هذه المنازعات بقرار ملزم. [78] (عبد القادر) أي وسيله لتسوية المنازعات. [79] (رضوان) فهو وسيله كونتها الإرادة المشتركة لأطراف النزاع للبحث

عن العدالة التي تحقق مصلحة الخصوم وليس بالضرورة مصلحة القانون. [80] (الاحدب).

ويترتب على اتفاق التحكيم سلب اختصاص قضاء الدولة، أي تمكين أطراف النزاع من إقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء الدولة المخول لها طبقاً للقانون. [81] (رضوان) فينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على المحكم. [82] (أبو الوفا، 1978) ويلتزم القاضي باحترام إرادة الطرفين بعدم نظر النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم وتمسك به أحد الأطراف. والأثر الثاني المترتب على الاتفاق هو قبول الأطراف طواعيةً على نحو نهائي لقرار التحكيم الذي يصدره المحكم أو المحكمون. [83] (برّيري)

وصفوة القول: إن نظام التحكيم عبارة عن بناء قانوني مركب من ثلاث إرادات إرادة المشرع في ترخيص التحكيم، وإرادة المحتكمين في اللجوء للتحكيم، وإرادة المحكمين في قبول المهمة التحكيميه، وتلعب بعد ذلك إرادة المحكمين في إطار الإرادتين معاً بقصد حل النزاع. [84] (شحادة) ويدل على فكرة التحكيم باعتمادها على مبدأ سلطان الإرادة تسميته بالتحكيم الاختياري. وهذا ما اخذ به كل من قانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم الإنجليزي. فالإرادة هي التي تخلق التحكيم، وهي عماد وجوده. [85] (المادة 3 تحكيم اردني، مادة 1 تحكيم انجليزي)

اثر مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

تبدأ عملية التحكيم باتفاق الأطراف وتنتهي بصدور حكم من المحكم لحسم النزاع. ونتيجة لذلك أختلف الفقه في تحديد طبيعة التحكم تبعاً للخلاف حول العنصر الجوهري في عملية التحكيم:هل هو اتفاق الأطراف أم الحكم الفاصل في النزاع؟ وقد أدى هذا الخلاف إلى ظهور ثلاث نظريات رئيسية كل منها يعطي للتحكيم طبيعة مختلفــة عن الأخــرى وهــذه النظريــات هي: **أولاً**: النظرية القضائية، **ثانياً**: النظرية العقدية، **وثالثاً**: النظرية المختلطة. وسنقوم بعرض موجز لكل منها من خلال دور الإرادة في تحديد طبيعة التحكيم، ثم نبين وجهة نظرنا في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال:

1- مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عليه.

2- بعض الحجــج التــي تقوم عليهــا النظريــات غير العقدية.

3 - دور مبــدأ حسن النية في ذلك.

4- الموازنة بين مفهوم التصرف القانوني والمفهوم الموضوعي للتحكيم.

الفرع الأول: النظريات المحددة لطبيعة التحكيم

يوجد ثلاث نظريات رئيسيه تتنازع الطبيعة القانونية للتحكيم، وهي النظرية القضائية، والنظرية العقدية، والنظرية المختلطة، وسنتولى بيان موجز لكل نظريه على النحو التالي.

أولاً: النظرية القضائية

يدور محور النظرية القضائية في التحكيم على أساس إثبات الصفة القضائية لحكم التحكيم الصادر في نهايته، حيث يكمن جوهر نظام التحكيم في حكمه الذي يُعد العمل الأساسي المنشود من ورائه. واتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون مجـــرد عمل تحضيري للعمل الأساســـي المتمثل في حكم التحكيم. [86] (الطراونه، 2001) ويرى أنصار هذه النظرية أن تحديد طبيعة نظام من النظم إنما يعتمد على معايير موضوعيه تتعلق بأصل وظيفته، وليس على معايير عضويه تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة، أو بما هو عارض في أدائها. فإذا كان التحكيم يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القضاء فإنه يكتسب بالضرورة الصفة القضائية وفقاً لهذه النظرية. أما العقد فلا يعدو أن يكون مجرد أداه لتحريك التحكيم، لا تؤثر في جوهر وظيفته القضائية، ولا تغيِّر من طبيعته. [87] (الجمال، عبد العال، 1998) أي أن الدور الذي يقوم به المحكم هو عمل قضائي يضفي على التحكيم الطبيعة القضائية. ويرى أنصار النظرية القضائية ايضاً أن أساس سلطة المحكم هو تفويض من سيادة الدولة يقوم المحكم بمقتضاه مؤقتاً بإقامة العدل بين الأفراد؛ فالمحكمون يستمدون سلطتهم من النظام القانوني للدولة الذي ينقل لهم بصفة مؤقتة وظيفة الدولة بإقامة العدل بين الأفــراد. وبذلــك فالتحكيــم يشكــل استثناء على السلطة القضائية للدولة. [88] (رضوان، 1981).

وحيث أن النظرية القضائية تعتبر أن التحكيم مستمد من سلطة الدولة، فإنها تبرر تدخل الدولة في تنظيم اتفاق وإجراءات التحكيم التي تجري على إقليمها.وهكذا يرى أنصار هذه النظرية ضرورة تطبيق قانون الدولة على كل عملية تجري على إقليمها بغض النظر عن قواعد تنازع القوانين التي تشير إلى قانون يختاره الأفراد ضمناً.

وقد ذهب أنصار هذه النظرية إلى ابعد من ذلك حين ربطوا بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء. فإذا كان اختيار التحكيم وسيله لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من الطرفين فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب أحدهما، ومتى تم هذا العمل تعلق به حق الآخر بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنها إلا بموافقة خصمه. [89] (المادة 126 قانون أصول المحاكمات المدني الاردني) وهذا دليل أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء ليس له من اثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة الدولة. [90] (الجمال، عبد العال ، 1998 بريري، 1999)

ومن استعراض فحوى النظرية القضائية نجد أنها لا تولي اهتماماً لإرادة الأطراف في مجال تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فمع اعترافها بأن عملية التحكيم تبدأ باتفاق الأفراد، إلا أنها تجعل من مهمة المحكم أساساً لطبيعة تلك العملية.

ثانياً: النظرية العقدية

يرى أنصار النظرية العقدية أن مركز الثقل في نظام التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع، سواءً كان هذا الاتفاق شرطاً أم مشارطه تحكيم. ومصدر قرارات التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع، ولا تجد هذه القرارات قوتها التنفيذية إلا في هذا الاتفاق الخاص، ومن ثم تنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات وتكون مع اتفاق التحكيم كلاً لا يتجزأ. [91] (رضوان، 1981)

وتفسر النظرية العقدية عناصر عملية التحكيم على أساس اتفاقي.فعلى سبيل المثال يكون أساس عدم قابلية الحكم للطعن فيه بطرق الطعن العادية هو احترام إرادة الأطراف في الالتجاء للتحكيم. [92] (ناريمان) أي أن عمل المحكمين في الفصل في النزاع وإصدار قرار ملزم ما هو إلا تنفيذاً لاتفاق التحكيم. [93] (الجمال، عبد العال، 1998) فيرى أنصار هذه النظرية أن للتحكيم طبيعة تعاقديه.

فالاتفاق يستغرق عملية التحكيم برمتها بحيث يستقيم أساساً لتفسير كافة مراحله حتى صدور الحكم الملزم لأطراف النزاع. ويبدو ذلك واضحاً أن الاتفاق على التحكيم يُخرج النزاع من ولاية القضاء العادي، ويسنده إلى ولاية تحكيم خاص يختاره أطراف الاتفاق. [94] (الطراونه 2001) وكذلك أطراف اتفاق التحكيم يحددون أنواعه سواءً مؤسسياً كان أم حراً، وتعين المحكمين، واختيار وقت إجراء التحكيم ومكانه، وتحديد طريقة إجراءاته، والقانون واجب التطبيق على موضوع

النزاع.وعلى هذا تتجلى إرادة الأطراف في كافة مراحل التحكيم مما يضفي عليه الطبيعة العقدية. [95] (الصلاحي)

وكما يرى الأستاذ (Marlin) (أن الحكم التحكيمي يشكل مع الاتفاق جسماً واحداً، وبدون الاتفاق يصبح ورقه تافهة دون معنى وأن الاتفاق هو الذي يعطي الحكم وجوده، وفيه يكمن كيانه وجوهره، ولا يوجد الحكم إلا مع الاتفاق فله إذاً مثل الاتفاق طبيعة العقد)). [96] (الطراونه،2001)

من كل ما تقدم فإن النظرية العقدية أظهرت بوضوح دور إرادة الأطراف في تحديد طبيعة التحكيم في إضفاء الطبيعة العقدية عليه، وهي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني كفاية الإرادة لإنشاء عقد التحكيم، وترتيب ما ينشأ عنه من أثار وفقاً لهذه الإرادة.

ثالثاً: النظرية المختلطة

مفاد هذه النظرية في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم انه يشمل صفة التحكيم وصفة القضاء في آنٍ واحد، فالتحكيم حقيقة ممتدة في الزمان تبدأ باتفاق التحكيم، وتنتهي بصدور حكم التحكيم. ويرى اتجاه آخر شمول حكم المحكم بأمر التنفيذ. وخلال امتداده الزمني، يتعاقب على التحكيم طابعان: الطابع التعاقدي والذي يتجسد في اتفاق التحكيم، والطابع القضائي الذي تجسده وظيفة المحكم المتمثلة في حسم النزاع المطروح عليه. فأنصار هذه النظرية يرون بأن التحكيم يتضمن عناصر

تعاقدية وأخرى قضائية. [97] (لجمال، عبد العال، 1998) فالتحكيم ذو طبيعة مركبة عقدية قضائية فهو يبدأ باتفاق الأطراف وينتهي بحكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي به، وهكذا يبدأ عقداً وينتهي قضاءً. [98] (الطراونه، 2001)

وتأسيساً على ذلك فإن هذه النظرية تولي اهتماماً لإرادة الأطراف في تكيف طبيعته القانونية. بحيث يمتد دور الإرادة إلى حين صدور الحكم أو الأمر بتنفيذه، فليس بعد ذلك دور للإرادة فهي تجعل للإرادة دوراً في إنشاء التحكيم وتحديد إجراءاته إلا إنها لا تعترف بقدرتها على ترتيب أثاره.

الفرع الثاني: تقديرنا للطبيعة القانونية للتحكيم

من خلال الإيجاز السابق للنظريات المحددة للطبيعة القانونية للتحكيم يظهر دورُ الإرادة في مراحله كافه وفقاً للنظرية العقدية، بينما لا تولي النظرية القضائية أهميه لإرادة الأفراد، أما النظرية المختلطة فتجعل التحكيم خليطاً بين إرادة الأفراد في شق وانعدامها في شقٍ آخر دون تحديد دقيق لذلك، وفي ضوء ما عرضناه للأسس العامة لهذه النظريات نبين فيما يلي أوجه تفضيل سلطان الإرادة كعامل مهم في تحديد طبيعة التحكيم ، وذلك من خلال:

أولا: تقدير الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عليه.

ثانياً: تقدير الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال نقد بعض الحجج المقدمة من النظريات غير العقدية.

ثالثاً: تقدير الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال الموازنة بين تعريف التصرف القانوني والمفهوم الموضوعي للتحكيم.

أولا: تقدير الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عليه.

لقد تبين لنا أن من بين ما يعنيه مبدأ سلطان الإرادة هو كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني، وقدرتها على ترتيب الآثار الناتجة عنه. والتحكيم هو الطريق أو الأسلوب الذي يختاره الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق إحالة النزاع إلى شخص ثالث أو أكثر دون اللجوء إلى قضاء الدولة.

وفي ضوء ما تقدم يثور التساؤل عما إذا كان التحكيم توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني ؟ وهل أن هاتين الارادتين حرتان في اللجوء للتحكيم؟ وهل لهما أن يحددا جميع شروط هذا العقد بإرادتهما الحرة ويرتبان آثاره؟

بداية لا بد أن نسلّم على الأقل من الناحية النظرية أن الأفراد يلجأون إلى التحكيم بمحض إرادتهم الحرة السليمة، على اعتبار أن هذه الإرادة تخلق كائنا عضوياً له خصوصية و استقلال بالنسبة للعقد الذي يرد من خلاله. فالأفراد أحرار في اللجوء للتحكيم أو عدمه، ولا يوجد ما يلزمهم بذلك سوى إرادتهم. كما يستطيع الأطراف، كقاعدة عامة، أن يضمنوا عقدهم ما يشاءون من الشروط وهذه الحرية التعاقدية هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة. فلهم أن ينظموا علاقاتهم واستبعاد كل ما لا

تتجه له الإرادة ويرونه مناسباً لتعاملهم، ملتزمين باحترام النظام العام والآداب العامة. وما هذا كله إلا تطبيقاً واضحاً لنتيجتين من نتائج المبدأ، وهما: الحرية التعاقدية والرضائية في اللجوء للتحكيم، وإذا تم إنشاء العقد بإرادة الطرفين، فلهما كذلك أن ينهياه بإرادتهما ايضاً. فلو اتفق الأطراف ولو في مراحل التحكيم النهائية على إقالة العقد، أي ترك إجراءات التحكيم، واللجوء للقضاء، فلا يوجد ما يقف حائلا في طريق هذه الإرادة التي أرادت بداية ذلك ولها أن تتحلل من ذلك من خلال توافق الارادتين لكي لا يضار أحدهما بسلوك الآخر. ولهما أن ينفذا القرار الصادر من المحكم على اعتباره أثراً لاتفاقهما، متى كان منسجما مع الشروط التي حدداها للمحكم وذلك دون الحاجة للحصول على أمر التنفيذ من المحكمة، إذ لا يوجد ما يمنع ذلك متى اتفق الأطراف عليه.

ومن ذلك نجد أن النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة تتجلى بوضوح في نظام التحكيم.وهكذا لا يوجد مانع، من الناحية النظرية، من معاملة التحكيم وفقاً للمبادئ العامة التي تحكم العقود.

ثانياً: تقدير الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال نقد بعض الحجج المقدمة من النظريات غير العقدية.

1- يقول أنصار النظرية القضائية.إن الجوهر في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يكمن في حكم التحكيم، وما اتفاق التحكيم إلا عمل تحضيري للعمل الأساسي

المتمثل في حكم التحكيم. فالتحكيم عمل قضائي من حيث هو فصل في المنازعات، والمحكم قاضٍ. لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن أن نصل إلى الحكم لولا اتفاق التحكيم؟ لا شك أن الإجابة بطبيعة الحال تكون بالنفي. وهكذا لا يبدو مقنعاً أن نقلل من شأن الاتفاق الذي هو أساس عملية التحكيم. فالحكم يدور وجوداً وعدماً مع الاتفاق على التحكيم. فإذا بطل الأول بطل الثاني، لأن ما بني على باطل فهو باطل. وإذا بطل الثاني سقط الأول لعدم وجود هيئة تحكيم لانتهاء صلاحياتها بصدور الحكم، ولأنه لم يرتب الأثر الذي اتجهت له إرادة الأطراف بل كان مخالفاً لها، ويؤكد ذلك أن معظم حالات البطلان الواردة في القانون ناتجة عن مخالفة إرادة الأطراف. [99] (المادة 49، 51، تحكيم اردني).

2- يركز أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم على الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكم، وبذلك فالتحكيم قضاء. غير أنه وإن كان صحيحاً أن كلاً من القاضي والمحكم يفصل في المنازعات، ويطبق القانون عليها، إلا أن المحكم يختلف عن القاضي من وجوه متعددة. فالقاضي تعينه الدولة، بينما يختار الأفراد المحكم. كما أن القاضي قد يباشر وظيفته ويصدر قراراً دون أن يكون هناك نزاع قائم فعلاً، كما هو الحال في القضاء المستعجل. ولا يشترط المشرع وجود نزاع بل يكتفي بوجود مصلحه. [100] (الكيلاني، 2002) كما أن القاضي يطبق القانون

وحــــده بينمــــا للأفراد أن يستبعـــدوا تطبيقه في التحكيم بالصلح.[101] (فهمي، 1993) واعتبار المحكم قاضياً تكذبه قواعد القانون الوضعي لاختلاف النظام القانوني لكل من القاضي والمحكم، واختلاف الشروط الواجب توافرها في كل منهما، وأساس مسؤولية كل من القاضي والمحكم، حيث أن أساس مسؤولية المحكم مخالفة شروط العقد أي إرادة الأطراف وتقوم بصدده المسؤولية العقدية خلافاً للقاضي الذي يعتبر عمله إنكاراً للعدالة.[102] (مادة 15 تحكيم اردني، والي) وبالتالي لا ينسجم مع الواقع القانوني اعتبار المحكم قاضياً.

3- أن التحكيم لا يقوم على إرادة الأفراد فحسب، وإنما على إرادة المشرع كذلك. ففي الوقت الذي اعترف أنصار النظرية القضائية، بان إرادة الأفراد هي المحرك لعملية التحكيم، تعود عند التكييف متجاهلة ذلك الدور الهام. والحقيقة أن اعتراف القانون بعقد التحكيم لا ينفي أن هذا العقد هو المصدر المباشر لسلطة المحكمين، وان القانون هو المصدر غير المباشر لها كما هو الحال بالنسبة لآثار العقود والتصرفات القانونية، وبذلك فالإرادة الحرة تملك الاتفاق على التحكيم وتملك اختيار المحكم وتحدد نطاق سلطاته. وأن المحكم ليس سوى شخص مفوض من الطرفين لحل النزاع بينهما.[103] (راغب، 1993)

4- ربط أنصار النظرية القضائية بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء. فإذا كان اختيار التحكيم وسيله لحسم النزاع يتم بعمل

إرادي من الطرفين، فأن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب أحدهما. ومتى تم هذا العمل تعلق به حق الآخر بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنه إلا بموافقة خصمه. [104] (الجمال، عبد العال، 1998) ويبدو أن هذه الحجة غير دقيقة إذ أن المدعى عليه لا يستطيع الاحتجاج بعدم موافقته على اللجوء إلى القضاء، وبالمقابل فإن المدعي لا يستطيع اللجوء إلى التحكيم دونما اتفاق مع المدعى عليه.

5- يرى أنصار النظرية القضائية أن ما يضفي على التحكيم الطبيعة القضائية، هو حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي به وهذه الحجية خاصة بالأحكام القضائية، لذلك فان طبيعة التحكيم قضائية. ويمكن الرد على هذه الحجة بأن الحجية تستخدم في مجالات عديدة وبمعان مختلفة؛ فيقال حجية العقد أي قوته الملزمة أو نفاذه، وحجية المحرر الرسمي أي قوته في الإثبات، وحجية عقد الصلح ويقصد به قوته في حسم النزاع، مع أن أحدا لا يقرر الطبيعة القضائية للصلح، وحجية الحكم المستعجل تختلف عن الحكم الموضوعي، وعليه فان حجية حكم المحكمين تختلف عن حجية الحكم القضائي. والواقع أن حجية حكم المحكمين تستند إلى القوه الملزمة لعقد التحكيم أكثر مما تستند إلى طبيعة عمل المحكم، والدليل على ذلك انه إذا اتفق الطرفان على انه لا يكون لحكم المحكم حجية إلا بعد موافقة جهة أخرى عليه، فأنه لا تكون له حجية قبل هذه الموافقة. ولو اتفقا

على أن حكم التحكيم لا يلزمهما إلا إذا صدق عليه الطرفان نفذ اتفاقهما، وقد يقال انه لا يوجد في هذه الحالات تحكيم بالمعنى الدقيق ولكن هذا يعني فقط أن مصدر الحجية هو إرادة الأطراف، وإنها لا توجد إلا بالشروط والمدى الذي تحدده هذه الإرادة".[105] (راغب، 1993) ويثور التساؤل أيضاً فيما إذا كان الدفع بحجية حكم التحكيم من النظام العام؟ إذا كان حكم التحكيم يلتقي مع الحكم القضائي في أساس تمتعه بحجية الأمر المقضي به، وهو أن المشرع يرى أن المحكم كالقاضي يجب أن يفصل في النزاع مرة واحدة، وبالتالي يتعين على الخصوم والمحكمين الآخرين وعلى القضاء احترام حكمه طالما لم يصدر حكماً من المحكمة المختصة بابطالة.إلا أنهما يختلفان في طبيعة الدفع بهذه الحجية.فالدفع بحجية الآمر المقضي به بالنسبة لأحكام القضاء هو دفع من النظام العام عملاً بنص المادة (111) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة (1988)، وبالتالي يجوز للمحكمة المرفوع أمامها دعوى بين ذات الخصوم ولذات السبب وعلى ذات المحل أن تقضي برد الدعوى من تلقاء نفسها لسبق الفصل فيها، ويبرر فقه المرافعات كون الدفع بحجية الآمر المقضي به من النظام العام لتعلقه بالمصلحة العامة واحترام (مرفق القضاء). وهذا المبرر لا يصلح في مجال أحكام التحكيم، أي لا بد هنا من العودة إلى الأصل الاتفاقي لحكم التحكيم للمساعدة في تفسير طبيعـــة الدفع بحجية حكم التحكيم [106]

(الطراونه، 2001)."فنحن أمام تنظيم يرتكز إلى إرادة الأطراف، فهم يختارون الالتجاء إلى هذا الطريق بمحض إرادتهم، وهم يختارون المحكمين ويستبدلونهم، وهؤلاء يباشرون مهمتهم في الحدود التي يرسمها الأطراف، والأمر منقطع الصلة بوجود الدولة أو مرافقها، فنحن أمام"تنظيم (قضائي) تعاقدي" يخضع من البداية لمبدأ سلطان الإرادة فإذا صدر حكم التحكيم، فانه يصدر حائزاً للحجية حماية لمصالح الأطراف الخاصة، دون وجود اعتبارات تتعلق بمرفق عام أو ما يرتبط بذلك من مصالح عامة." [107] (بريري، 1999) وعليه فإنه إذا اتفق الطرفان بعد صدور حكم التحكيم على إعادة التحكيم أمام ذات هيئة التحكيم أو أمام هيئة تحكيم أخرى، نفذ اتفاقهما، وذلك لان النشأة الاتفاقية لحكم التحكيم تجعل حجيته غير متعلقة بالنظام العام، وذلك خلافاً لحجية الحكم القضائي والتي تتعلق دائماً بالنظام العام حتى ولو كان موضوع الحكم حقوقاً يملك الأفراد التصرف فيها. وعليه فلا تملك هيئة التحكيم رد الدعوى التحكيمية من تلقاء نفسها لسبق الفصل فيها في هذه الحالة. وينطبق نفس التحليل إذا لجأ المحكوم ضده في حكم التحكيم إلى القضاء لا عادة عرض النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم . فالمحكمة لا تملك الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها إذا حضر الطرف الآخر أمامها ولم يتمسك بحجية حكم التحكيم مما يعني قبوله عرض الأمر على القضاء؛ ولكن، إذا تمسك هذا الطرف بحجية حكم التحكيم،

وجب على المحكمة النزول عند حكم المادة(52) من قانون التحكيم الأردني والتي تضفي على حكم التحكيم الحجية بمجرد صدوره. والأمر هنا يتشابه مع الدفع باتفاق التحكيم ، إذ لا تملك المحكمة الحكم برد الدعوى من تلقاء نفسها في وجود اتفاق تحكيم بخصوص النزاع المعروض عليها، وانما لا بد من الدفع به من المدعى عليه وقبل الدخول في أساس الدعوى. [108] (الطراونه،2001 أبو الوفا،1978 بريري، 1999) "وإذا كان حكم التحكيم شأنه شأن حكم القضاء، يصدر متمتعاً بالحجية في الحدود السابق ذكرها، إلا أنه يتميز عن أحكام القضاء بصدوره حائزاً لقوة الأمر المقضي به ايضاً وذلك لعدم جواز الطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن العادية وغير العادية. أما أحكام القضاء فهي لا تكتسب قوة الأمر المقضي إلا بعد استنفاذ طرق الطعن فيها أو فوات مواعيد الطعن بطرق الطعن العادية." [119] (بريري، 1999)

كما يمكن تفسير اتفاق التحكيم على انه يشمل التزاماً ضمنياً باحترام حكم التحكيم باعتباره الغاية من الاتفاق. ويستند هذا التفسير إلى احترام مبدأ حسن النية الذي يعني الاعتقاد بمراعاة جميع الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة. وعلى اعتبار أن قواعد الأخلاق تعد المحور الأساسي الذي يرتكز عليه مبدأ حسن النية، [110] (خاطر، 2000) ويعني هذا أن عدم تنفيذ قرار التحكيم طواعية مع التزام المحكم بما اتفق عليه الأطراف ومارس صلاحياته ضمن الحدود المحددة له، ولم

ينتهك بذلك إرادة الأفراد والنظام العام والآداب العامة يعتبر خرقا لقواعد حسن النية بمفهومها العام.

وصفوة القول أن اعتبار حكم المحكمين عملا قضائيا لا تنطبق عليه جميع قواعد القضاء.أي إذا كان حكم المحكمين حكما فهو ليس كغيره من الأحكام وبذلك فإنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم الذي كان سببا له وهذا الاتفاق هو من عقود القانون الخاص. [111] (والي)

ثالثاً: تقدير الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال الموازنة بين تعريف التصرف القانوني والمفهوم الموضوعي للتحكيم.

استقر الفقه على أن التصرف القانوني هو: ((اتجاه الإرادة إلى إحداث اثر قانوني، قد يتمثل في إنشاء الالتزام، أو نقله، أو إنهائه.)) [112] (الداوودي، البكري، بدير، 1989 والبزاز، 1954) وهذا يعني أن التصرف القانوني هو كل تصرف يقدم عليه الفرد بغية إحداث أثار قانونيه معينه. وهذه الآثار هي تلك الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق من أقدم على ذلك التصرف. والصورة الأكثر شيوعاً للتصرف القانوني هي العقد [113] (العوجي، 1995) الذي يعرف بأنه: ((اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه)). [114] (زكي، 1978) والتحكيم هو : ((الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على

واحد أو أكثر من الأفراد، يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدل أن يفصل فيه القضاء المختص بقرار ملزم للخصوم)). [115] (الدوري)

من خلال الموازنة بين المفهومين يظهر أن التحكيم، توافق إرادتي المحتكمين، واتجاههما إلى إحداث اثر قانوني يتمثل بإنشاء التزام على عاتق كل منهما باستبعاد قضاء الدولة، وفض النزاع عن طريق المحكمين. وما يدل على اتجاه الإرادة إلى إحداث هذا الأثر القانوني وبالتالي نشوء الالتزام هو احترام المحكمة لهذه الإرادة بعدم النظر في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، والأمر بتنفيذه عند صيرورته قابلاً لذلك. ويرتب الاتفاق التزاماً أخر هو النزول عن حكم التحكيم طواعيةً. فهو بذلك لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً. وفي الوقت الذي يعرف التحكيم على انه((تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما)). "فهذا التعريف يعني وجود إيجاب من الخصمين وقبول من المحكم وعاقدين ومحل (معقود عليه) وهذه الأمور الثلاثة إذا وجدت تحقق وجود العقد." [116] (الدوري) أي وجود التراضي بين الطرفين على التحكيم وكذلك تراضيهما مع المحكم على التحكيم بينهما، وان يكون المحل مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العام.

وهكذا، تتوفر في عملية التحكيم الأركان اللازمة لقيام عقد. ومع أن القانون لم يحدد ماهية هذا العقد ونوعه، فإن هذا لا يخل بطبيعة التحكيم الاتفاقية. فإن مفهوم العقود غير المسماة يترك مجالاً لقبول أنظمة تعاقدية مختلفة دون تحديدها بنوع

خاص .وبناءً على ما سبق، فإنه من الممكن من الناحية القانونية، تطبيق المبادئ العامة للعقود على عملية التحكيم، وبخاصة العقود الشبيهة ببعض جوانب التحكيم، فعلى سبيل المثال ممكن تطبيق المبادئ العامة للعقود على العلاقة فيما بين أطراف اتفاق التحكيم بينما يمكن تطبيق المبادئ العامة الخاصة بعقود تقديم الخدمة على العلاقة فيما بين الأطراف والمحكم الذي يختارونه. [117] (بريري، 1999)

تقدير مدى الحاجة للتحكيم ودور الإرادة في إقراره

ارتبطت الحاجة إلى التحكيم بالتجارة الدولية والمزايا التي يمتاز بها التحكيم كنظام قانوني يحقق مصالح الأفراد الخاصة، لذلك ازدادت الحاجة للتحكيم وإقراره بدوافع هذه الحاجة.لكن إذا وجدت الحاجة فهل هي كافيه لإقرار المشرع لنظام قانوني يقوم على إرادة الأفراد ؟هذا ما سنتناوله من خلال فرعين:

الفرع الأول: تقدير مدى الحاجة للتحكيم

الفرع الثاني: دور الإرادة في إقرار التحكيم

الفرع الأول: تقدير مدى الحاجة للتحكيم

تنبثق الحاجة إلى التحكيم من المزايا التي يقدمها على اعتباره وسيلة اختيارية لفض النزاع بين الأطراف.

ومن أهم مزايا التحكيم التي تجعله مفضلاً على القضاء ما يلي:

1-**السرية:** تحقيق مصلحة الأطراف في السرية يعني تمكينهم من المحافظة على

أسرارهم التي تكون لهم المصلحة في عدم إذاعتها والتحكيم يحقق ذلك بحكم سرية إجراءاته. [118] (خاطر) وإذا كان طرح النزاع على القضاء غالباً يؤدي إلى سعي كل من طرفيه وراء مصلحته الخاصة، والى إتاحة الفرصة للغير للتعرف على مكنونات علاقاتهم نتيجة لمبدأ علنية التقاضي؛ فإن أطراف العلاقة كثيراً ما يقدرون إن من صالحهم المشترك الاتفاق على عدم طرح النزاع على القضاء واللجوء إلى التحكيم[119] (الجمال ، عبد العال، 1998) لحفظ أسرار علاقاتهم التي قد يؤدي الكشف عنها لانهيار مشاريعهم الاقتصادية كما لو تعلق الأمر بنزاع حول عقد من العقود التي تتضمن أسرارا تجارية ((TRADC SECRETS)).

2- **السرعة والاقتصاد في النفقات**: يحقق التحكيم للمتنازعين حلاً سريعاً للنزاع وهو طريق أكثر اقتصاداً للنفقات وأكثر مرونةً في الإجراءات، خلافاً للقضاء العادي الذي يمتاز ببطء الإجراءات وإطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكان الطعن في الأحكام وتقديم إشكاليات في تنفيذه. [120] (بريري، 1999) ومن جهة أخرى تقتضى العدالة توفير الحماية للحق في وقت مناسب، لان الحماية البطيئة نوع من الظلم، ذلك لأنها تمثل عبئاً على صاحب الحق وتنقص من قيمة هذا الحق. [121] (الكيلاني، 2002) وكل ذلك يكبّد أطراف النزاع نفقات كبيرة، وهذا يتنافى مع واقع التعامل والسرعة التي يشهدها الحاضر

والحاجة لحسم المنازعات بسرعة وتكلفه اقل والتي يمكن تحقيقها بواسطة التحكيم.

3- **التشجيع على الاستثمار**: مما يهم المستثمرون الأجانب أن تخضع علاقاتهم التجارية لقواعد قانونية مألوفة، وأن يتاح لهم تطبيق قواعد إجرائية وموضوعية، تجنبهم أي حلول غير متوقعة قد يفرضها قانون وطني معين. لذلك يفضل المستثمرون عادةً اللجوء إلى التحكيم الذي يمكنهم من الاتفاق على القواعد الإجرائية والموضوعية واجبة التطبيق.وخير دليل على ذلك أن عقد (دزني وورلد) الحاصل بين شركه أمريكية وفرنسا كان إجراؤه مرهوناً بموجب اتفاقيه تتضمن شرطاً تحكيمياً أو العدول عن المشروع من أساسه، حتى أصبح المشروع متوقفاً على الشرط التحكيمي بحيث يكون أو لا يكون، واخيراً قبلت فرنسا بالشرط(122) (الاحدب). وبقدر ما يكون قانون التحكيم في بلد ما محققاً لحاجات المستثمرين من حيث إعطاء الأطراف حرية اكبر في تنظيم عملية التحكيم، فإنه سيجذب الأطراف للتحكيم في ذلك البلد، مما يحقق فائدة اقتصادية للبلد المعني، تتمثل بما يجلبه المستثمرون معهم من أموال تنفق على إجراءات التحكيم وأتعاب المحكمين.

4- **تجنب المشاكل الناشئة عن تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي.**

صاحب ارتباط التحكيم بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب وازدهار

هذه التجارة، أدى إلى تزايد اللجوء إليه إسلوباً لفض المنازعات التي تنشأ عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل بالضرورة في إطار القانون الدولي الخاص، فكانت التجارة الدولية وما زالت الموقع الخصيب لإنماء قواعد التحكيم التجاري الدولي وتطورها، بل اكتسب التحكيم أهميته البالغة في مجال المنازعات التجارية الدولية، وأصبح ضرورة يفرضها واقع هذه التجارة، وهكذا وجد التحكيم من أجل التجارة، ولم توجد التجارة من أجل التحكيم. [123] (عبد القادر،1996) وفي مجال التجارة الدولية لا بد من مواجهة واقع العالم المعاصر، فهو عالم– شئنا أم أبينا– تتولى زمام أموره الدول الصناعية المتقدمة، والفجوة بينها وبين دول العالم الثالث تصعب مواجهتها اعتماداً على الذات فنحن أمام حاجاتنا للتنمية الاقتصادية الشاملة، لابد أن نحاول التوفيق بين مصالحنا ومصالح العالم الصناعي المتقدم. فإذا كانت المشروعات والشركات الأجنبية تجعل تقديم خدماتها واستثماراتها مشروطاً بالالتجاء للتحكيم، فان مواجهة ذلك تكون بإعداد المفاوضين وتوفير الكوادر القادرة على صياغة شروط التحكيم أو اتفاقه على نحو متوازن. [124] (بريري، 1999) نتيجة لذلك نجد أن التحكيم أصبح يلعب دورا متميزا في حسم المنازعات الناشئة في نطاق العلاقات التجارية الداخلية والدولية على حد سواء. وقد أصبح شرط التحكيم بندا بارزا في معظم العقود التجارية الدولية نظرا لمزاياه المشار إليها، وقد صاحب ذلك نشوء العديد

من المؤسسات التحكيميه الدولية المتخصصة كمحكمة التحكيم التابعـــة لغرفـــة التجـــارة الدوليـــة في باريس (ICC) ومحكمـــة لنـــدن للتحكيم الدولي (LCIA) ومؤسسة التحكيـــم الأمريكـــيـــة(AAA) ومركز القاهـــرة للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) وغيرها.وأبرمت اتفاقات دولية لتوحيد قواعده كاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لسنة (1985)، وشرعت الكثير من الدول إن لم يكن جميعها قوانين خاصة ومستقلة حول التحكيم كالأردن في القانون رقم (31) لسنة (2001). [125] (الطراونه، 2001)

وإذا كانت مزايا التحكيم السابقة تجعل منه أسلوباً بديلاً للقضاء يفضله المستثمرون، فإن جذبهم للتحكيم في دولة معينة، يتوقف على مدى إعطاء المشرع في تلك الدولة دوراً لإرادة الأطراف في عملية التحكيم، بحيث يستنتج من خلال النظرة الدقيقة الفاحصة، أن مزايا التحكيم التي هي انعكاس عن أهميته تجد نفسها تعبيرا عن إرادة التجار التي اتجهت للحيلولة دون القضاء العادي لتحقيق مصالحهم وفقا لإرادتهم في حسم المنازعات التي تنشأ بينهم.

الفرع الثاني: دور الإرادة في إقرار التحكيم.

يأتي سبب إقرار المشرع للتحكيم من الحاجة إليه للمزايا التي ذكرناها أنفا، وتمشيا مع التطورات والتغيرات في السياسة الاقتصادية، والخروج من العزلة المفروضة لأسباب سياسية واجتماعية، والانفتاح على العالم لاجتذاب رؤوس

الأموال، والمشاركة في مشروعات التنمية.ومن الأسس التي يقوم عليها التحكيم، احترام إرادة طرفيه بإفساح الحرية لهما لتنظيمه بالكيفية التي تناسبهما على اعتبار أن هذه الحرية هي عماد نظام التحكيم إذا فقدها فقد هويته.وكلما زاد مقدار الحرية التي يمنحها المشرع لطرفيه كلما زادت ثقتهما به، وزاد اطمئنانهما إلى الحكم الذي ينتهي إليه. [126] (مراد،1996) وقد اخذ التشريع الأردني بذلك من خلال قانون التحكيم الذي كان وافراً بالقواعد المكملة لإرادة الأفراد، ولا تجد إلا القليل من القواعد الآمرة بغية تنظيم أمور تتعلق بالمصالح العليا التي لا تملك الإرادة مخالفتها كما سنرى في الفصول اللاحقة.

وإذا كان الأطراف يلجأون إلى التحكيم رغبةً في الاستفادة من مزاياه، فإنه من الممكن اعتبار أن نظام التحكيم يقوم على أساس اتجاه إرادة الأطراف إليه ونزولهم بذلك عن اللجوء إلى القضاء. فالأطراف يختارون التحكيم بالمكنة القانونية التي تجعل من الممكن لهم إبرام صلح لفض النزاع الناشئ بينهم، ولئن كان هذا الأساس متفقاً مع النظرية العقدية للتحكيم، إلا أن بعض الفقه يرى أن إرادة الأطراف لا تكفي كأساس لمشروعية التحكيم. ذلك أن التحكيم، بخلاف الصلح، يتضمن التنازل عن اللجوء إلى المحكمة لحل النزاع، مع ما قد ينطوي عليه ذلك من نقصان في الحماية القضائية للخصوم. كما أن اتفاق التحكيم يبرم قبل أن يدرك كل طرف ما له وما عليه، بينما يتم اتفاق الصلح بعد علم الأطراف بمقدار حق كل منهم. [127](الجمال عبد العال).

وبناءً على هذا الاختلاف القائم بين التحكيم والصلح، يرى فريق من الفقه أن مشروعية التحكيم تنبثق من وظيفته القضائية على حل النزاعات بقرار ملزم للخصوم. ومع أن عملية التحكيم لا تبدأ إلا باتفاق الأطراف، إلا أن وظيفة المحكم ذات طابع قضائي، مما يجعل نظام التحكيم نظاماً مختلطاً يوفق بين عناصر عقدية وأخرى قضائية. [128] (الجمال عبد العال، 1998)

إلا أن هذا الرأي لا يسلم من النقد، فكما رأينا في الفصل التمهيدي، تفترض النظرية القضائية أن الدولة هي صاحبة الاحتكار في إقامة العدل وحل النزاعات، فلا بد إذن أن يستمد المحكم سلطته من تفويض من الدولة. وهذا الموقف يناقض الفكرة القائلة بأن حرية الفرد هي مصدر حقوقه والتزاماته، وإنما تتدخل الدولة فقط بالقدر اللازم للتوفيق بين مصالح الجماعة وحرية الفرد.إضافة إلى ذلك فإنه على الرغم من التشابه الظاهر بين المحكم والقاضي فإن المحكم يعين بموجب اتفاق الأطراف، بينما القاضي تعينه الدولة ولا اختيار للأطراف بشأنه. [129] (الرسالة، 46 وما بعدها)

الفصل الثاني

دور سلطان الإرادة في مرحلة الاتفاق على التحكيم

أن دور إرادة الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم بخصوص أي نزاع يثور بينهم وحريتهم في تحديد شروط ذلك الاتفاق يتوقف على مدى احترام المشرع لطبيعة التحكيم التعاقدية. ولكي نبين الدور الذي يعطيه المشرع الأردني للأطراف في اللجوء إلى التحكيم وتحديد شروطه، فإننا سنبحث في حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بشأن أي نزاع يثور بينهم كما سنعرض دور سلطان الإرادة في تحديد بعض شروط اتفاق التحكيم كاختيار قانون يحكم اتفاق التحكيم وعدم تقيده بقانون الدولة محل التحكيم؛ وكذلك يثور التساؤل حول مدى حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ علمنا أن القوانين تتباين في إعطاء الأفراد حرية اختيار قواعد لحل النزاع لا تنتمي إلى نظام قانوني وطني. أخيراً سنبحث في بعض الآثار الناشئة عن إبرام اتفاق التحكيم وفيما إذا كان القانون ينظمها بشكل آمر أو يترك للأفراد حرية تنظيمها .

انعقاد عقد التحكيم

اتفاق التحكيم هو ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع الذي ينشأ بينهم في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين، أو على عرض النزاع القائم

فعلاً على محكمين، بدلاً من عرضه على قضاء الدولة. [130] (عبد القادر، 1996) وقد عرفه القانون الإنجليزي بأنه اتفاقاً لعرض المنازعات الحاضرة والمستقبلة على التحكيم سواءً عقديه أم غير عقديه. [131] (مادة 1/7 تحكيم انجليزي) ولما كان اتفاق التحكيم عقداً كسائر العقود، فهو إذاً ارتباط القبول بالإيجاب بين المتعاقدين وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر، [132] (مادة 87 لقانون مدني اردني) بحيث يكفي التراضي لانعقاد العقد ما لم يقرر القانون فوق ذلك من أوضاع معينه لانعقاده.

ومن نافلة القول أن اتفاق التحكيم يخضع للأركان والشروط الموضوعية الواجب توافرها في العقود عامة، كتوافق الإيجاب والقبول والأهلية وسلامة الرضا من العيوب، كالإكراه والغلط. ومع أن هذه الشروط تكفل توافر الرضا وسلامته، وبالتالي احترام سلطان الإرادة، إلا أننا سنكتفي في هذا المبحث بدراسة جوانب خاصة بإبرام اتفاق التحكيم والتي قد يكون لسلطان الإرادة دوراً فيها.

ولكي نحدد دور سلطان الإرادة في إبرام اتفاق التحكيم لا بد من أن نوضح فيما إذا كان الأفراد يتمتعون بحرية اللجوء إلى التحكيم بخصوص أي نزاع قد يثور بينهم ثم نبين مدى أخذ القانون الأردني والقانون الإنجليزي بمبدأ الرضائية في إبرام عقد التحكيم

دور سلطان الإرادة في اللجوء للتحكيم

سنتناول سلطان الإرادة في إبرام اتفاق التحكيم من خلال البندين التاليين: **أولا**، فيما إذا كان للأفراد حرية اللجوء إلى التحكيم بغض النظر عن موضوع النزاع؛ **وثانياً**: فيما إذا كان للأفراد حرية اللجوء إلي التحكيم في أي وقت، أي قبل أو بعد نشوء النزاع.

أولاً: مدى حرية الأفراد في اللجوء إلى التحكيم بغض النظر عن موضوع النزاع.

محل اتفاق التحكيم هو موضوعه أي العلاقة الموضوعية التي يراد حسم النزاع بشأنها سواء كانت مدنية أم تجارية وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية عقديه أم غير عقدية. [133] (مادة 3 تحكيم اردني)

ويقضي مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه بأن يكون للأفراد حرية إحالة أي نزاع إلى التحكيم بغض النظر عن موضوع النزاع أو طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الأطراف. إلا أن المشرع الأردني لم يمنح الأفراد حرية مطلقة في هذا المجال.

فقد استبعد المشرع الأردني بعض المنازعات من نطاق التحكيم باعتبارها غير قابلة للصلح، الآمر الذي يجعل موضوعه مخالفاً للنظام العام والأدب العامة مما يترتب على التصرف البطلان المطلق. [134] (المادة 163 مدني اردني)

ولما كانت القاعدة العامة تجيز التحكيم في كل ما يجوز فيه الصلح. [135] (مادة 9 تحكيم اردني) فإن المنازعات التي تتعلق بالأهلية أو الميراث أو

مسائل الجنسية والقضايا الجزائية تخرج عن نطاق التحكيم.فعلى سبيل المثال، "قررت محكمة النقض المصرية أنه إذا ((قام بعض الأفراد بسرقة بعض المواشي وقام نزاع حول تحديد المسؤول عن السرقة، وذهب المتنازعون إلى أحد العقلاء في القرية اختاروه محكماً، فطلب من كل طرف أن يترك لديه سنداً–بمبلغ (1000) جنيه يحتفظ به حتى ينتهي من تحكيمه فإن محل الاتفاق باطل لتعلقه بتحديد المسؤولية الجنائية وهو أمر لا يمكن أن يكون محلاً لاتفاق تحكيم وهذا تأكيد للمبدأ العام الذي مقتضاه انه لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح".)[136] (برهام، 2002)

ومن أمثلة المسائل غير القابلة للتحكيم في القانون الأردني نص المادة (16) من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم (28) (لسنة 2001) على أن (تختص المحاكم الأردنية بالنظر في أي نزاع أو خلاف ناشئ عن عقد الوكالة)). إذ يمكن تفسير هذا النص على أنه يمنع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الوكلاء والوسطاء التجاريين.(إلا انه يمكن تفسير النص لصالح جواز التحكيم في هذه المنازعات إذا اعتبرنا أن المادة 16 من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين لا تعني الاختصاص الحصري للمحاكم الأردنية). [137] (الجمال، عبد العال، 1998) أو أن المادة تنتمي إلى القواعد الآمر الداخلية التي تطبق فقط إذا كان العقد خاضعاً للقانون الأردني.

أما القانون الإنجليزي، فلا يعرف تاريخياً شرطاً عاماً بضرورة كون النزاع (قابلاً للتحكيم).ولذلك لم يضع المشرع ولا القضاء الإنجليزي معياراً محدداً لعدم القابلية للتحكيم.ومع ذلك فإن سلطان الإرادة في إحالة النزاع إلى التحكيم ليس مطلقاً إذ تبقى بعض المسائل المتعلقة بالحالة المدنية للشخص كالأهلية والميراث ضمن الاختصاص الحصري للمحاكم. [138] (Mj Mustill SC Boyd, 1989)

نخلص إلى القول أن القانونين الأردني والإنجليزي يسمحان كقاعدة عامة باللجوء إلى التحكيم في مجالات واسعة .

ثانياً: وقت إبرام اتفاق التحكيم

أشار قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) انه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع، سواءً كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين أو بعضها. كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت بشأنه دعوى أمام أي جهةٍ قضائية، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً، وإلا كان الاتفاق باطلاً. [139] (مادة 11 تحكيم اردني) وبذلك فإن اللجوء للتحكيم يكون بموجب اتفاق الأطراف، سواءً كان قبل نشوء النزاع أو بعده.

فللأفراد أن يدرجوا شرط التحكيم في العقد الأصلي لإحالة ما قد ينشأ بينهم من منازعات في تنفيـذ عقـد معين أو تفسيـره على محكم أو أكثر. [140] (قاسم ،

1991) فيرد اتفاق الأطراف على نزاع لم يقم بعد، سواء أكان شرط التحكيم في صلب العقد الأصلي أم مستقلاً. [141] (عبد القادر، 1996) وبذلك فإن إرادة الأطراف هي التي تحدد إدراج هذا الشرط أو الالتزام به، ولا يلزمها القانون بذلك، وأكد ذلك المشرع الأردني والإنجليزي من خلال جعل اللجوء للتحكيم اختيارياً. [142] (مادة 3 تحكيم اردني، والمادة 1/7 تحكيم انجليزي)

كما يجوز للأفراد أن يتفقوا على التحكيم بعد نشوء النزاع فيما بينهم حول تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره. [143] (قاسم،1991) ويسمى الاتفاق في هذه الحالة (مشارطة التحكيم). وقد أجازت المادة (11) من قانون التحكيم الأردني للأطراف الاتفاق على اللجوء للتحكيم لفض نزاع نشأ فعلاً بينهم، ولو أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية، بصرف النظر عن المرحلة التي تكون عليها الدعوى.فللأفراد إحالة نزاعهم إلى التحكيم ولو كانت القضية في المداولة طالما لم يصدر بها حكم. [144] (عبد القادر، 1996) إلا أن المشرع الأردني في هذه الحالة قيدّ الإرادة باشتراط أن يحدد موضوع النزاع تحديداً دقيقاً وإلا كان التحكيم باطلاً.

ونرى أن المشرع الأردني كان موفقاً في ذلك بما ينسجم مع خصوصية التحكيم، إذ عبر عن احترامه لإرادة الأطراف بحيث فصل كلياً بين دعوى مرفوعة أمام القضاء ودعوى ستحال على التحكيم باتفاق الأطراف الأمر الذي يستلزم تحديد موضوع النزاع تحديداً دقيقاً، لكي تنظر هيئة التحكيم فيما اتفق الأطراف على إحالته

عليها فقط. وبذلك يتم تحديد موضوع النزاع تحديداً دقيقاً بحيث تظهر إرادة الأطراف الجدية باللجوء إلى التحكيم.

وبذلك فإن اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشارطه، ما هو إلا تجسيد لإرادة الأطراف، وهو دستور التحكيم ومصدر سلطات المحكمين، والحائل دون اختصاص قضاء الدولة بالنزاع موضوع التحكيم. [145] (الخولي، 2000) واختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع هو الذي يضفي على التحكيم طبيعته الخاصة ومداه. [146] (عطا الله ، 2000) فالفرق الرئيس بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم أن الثاني يبرم بعد قيام النزاع، ويجب لصحته أن ينص في صلب الاتفاق على موضوع النزاع المراد حله عن طريق التحكيم وفقاً للقانون الأردني. أما شرط التحكيم فإنه لا يلزم ولا يتصور أن يشار فيه إلى نزاع بذاته، وإنما يرد الشرط عادةً عاما بالنسبة لأنواع معينه من المنازعات يحددها الشرط نفسه، وإذا قام أثناء تنفيذ العقد نزاع يدخل في إطار المنازعات التي حددها الشرط فهنا يجب أن يحدد موضوع النزاع ذاته في بيان التحكيم لأنه يصبح معلوماً للأطراف[147] (عطا الله ، 2000) وقد أكد المشرع الأردني على ذلك من خلال ما نصت عليه المادة (11) من قانون التحكيم الأردني بوجوب تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم، وإلا كان القرار النهائي عرضةً للبطلان لاحتمال خروج المحكم عن حدود سلطاته لعدم تحديدها بشكل دقيق. [148]

(مادة 49 تحكيم اردني)

أما بخصوص قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996، فإنه يجيز لجوء الأطراف إلى التحكيم سواء بموجب شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم.إلا أن المادة السادسة من قانون التحكيم الإنجليزي لا تضع تسمية خاصة بشرط أو مشارطة التحكيم وإنمـــا تشيـــر إليهما معا بعبارة (اتفاق التحكيم) (Arbitration Agreement). [149] (مادة 6 تحكيم انجليزي)

وتجدر الإشارة إلى أن القانونين الأردني والقانون الإنجليزي لم يميز في إجازة اللجوء إلى التحكيم بين الأفراد العاديين، والشركات، والدولة ومؤسساتها.

ونخلص من هذا المطلب إلى أن اللجوء للتحكيم لا يتم إلا من خلال اتفاق الأطراف، أي اتجاه إيراداتهم إلى ذلك سواء كان بواسطة شرط التحكيم، أم مشارطته، ولا يوجد في كل من القانونين ما يسمى بالتحكيم الإجباري Compulsory Arbitration.

اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية

اشترط كل من قانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم الإنجليزي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. [150] (مادة 10/أ تحكيم اردني، مادة 5 تحكيم انجليزي)

وسوف نعالج شرط الكتابة في القانون الأردني الإنجليزي على التوالي.

الفرع الأول: كتابة اتفاق التحكيم في القانون الأردني

الفرع الثاني: كتابة اتفاق التحكيم في القانون الإنجليزي

الفرع الأول: كتابة اتفاق التحكيم في القانون الأردني

لمّا كانت نقطة البداية في النظام القانوني للتحكيم التحقق من اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار التحكيم وسيله لفض النزاع الناشئ أو المحتمل بينهم عن طريق أشخاص عاديين بدلاً عن قضاة الدولة، فقد قرر المشرع قاعدة شكليه لضبط مفهوم الاتفاق، فاشترط الكتابة وذلك من خلال النص على أنه: ((يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً، ويكون مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تعد بمثابة سجل للاتفاق)). [151] (مادة 10/أ تحكيم أردني) فقصد المشرع من ذلك أن يكون اتفاق التحكيم صريحاً نظراً لخطورة أثـره المتمثـل بحرمـان الأطـراف من عرض النزاع على المحكمة المختصة. [152] (قاسم، 1991) فالكتابة لم تعد وسيلة إثبات بل شرط انعقاد، وأكد ذلك المشرع الأردني من خلال المادة(10/أ)واعتبر تخلف الكتابة سبباً لبطلان اتفاق التحكيم على خلاف المشرع الإنجليزي الذي لم يرتب البطلان على تخلفها. [153] (مادة 10 تحكيم أردني، والمادة 5 تحكيم إنجليزي)

إلا أن القانون يبدي قدراً كبيراً من المرونة بالنسبة لشرط الكتابة. [154] (مادة 10 تحكيم أردني وعطا الله، 2000) فلم يشترط القانون أن تكون الكتابة رسمية إذ يكفي أن تكون الكتابة عرفية ولا يشترط أن تتم بألفاظ معينة أو بعبارات معينة، إذ تصح

بأية عبارات وبأية ألفاظ طالما كانت دالة دلالة قاطعة على إرادة التحكيم. والكتابة لا تطهر الاتفاق ذاته من العيوب المبطلة له، فقد يكون باطلاً رغم الكتابة، إذ تعتبر الكتابة كأنها غير موجودة في هذه الحالة. (155) (خاطر)

ويأخذ الاتفاق المكتوب في قانون التحكيم الأردني صوراً متعددة هي:

أ- أن يوقع الطرفان أو من يمثلهما قانوناً سنداً متضمناً لاتفاق التحكيم باعتباره دلالة كافية على العلم بوجود اتفاق صريح على التحكيم فاعتبرت الكتابة موجودة وبالتالي الكيان القانوني موجوداً لاتفاق التحكيم متى تضمن المستند توقيع الطرفين، فلا يكفي التوقيع من أحدهما فالمعيار لتوفر الشكلية في هذه الحالة أن يكون موقعاً من الطرفين بحيث يمكن التحقق على وجه اليقين من أن إرادة الأطراف قد تلاقت على قبول اتفاق التحكيم بصوره لا تدع مجالاً للشك في ارتضاء كافة الأطراف للتحكيم أسلوبا لحل المنازعات الناشئة عن علاقاتهم المتعلقة بذلك. (156) (عبد القادر، 1996)

ب- أن يتم اتفاق التحكيم من خلال تبادل الرسائل والبرقيات أو الفاكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تعد بمثابة سجل للاتفاق، فالمعيار لهذه الحالة هو التبادل لهذه الوسائل. فلا يكفي لتوفر الشكلية المطلوبة أن يرسل(أ) رسالة تتضمن شرط التحكيم دون أن يرد القبول كتابة من (ب) لفض نزاع ناتج عن علاقة قانونية قائمة بينهما. إذ لا بد أن يتم التبادل من خلال هذه الرسائل وإلا كان الاتفاق على

التحكيم باطلاً لانتفاء ركن الشكلية الذي تطلبه القانون. [157] (مادة 10 تحكيم أردني، عبد القادر، 1996)

ج- إحالة الأطراف إلى وثيقة تتضمن اتفاق للتحكيم؛ فقد أقر المشرع الأردني من اعتبار الإحالة صوره من صور الاتفاق على التحكيم حيث تنص المادة (10/ب) على أن ((يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقيه دوليه أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة باعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد). [158] (مادة 10/ب تحكيم اردني) فمفهوم الإحالة وفقاً لذلك أن الوثيقة العقدية لم تشتمل هي بذاتها على اتفاق التحكيم وإنما جاء إدماج الاتفاق على التحكيم عن طريق الإشارة في الوثيقة العقدية الموقعة على اعتبار شروط نموذجيه معينه جزءاً مكملاً للعقد، بحيث تعد الإحالة إليها في مجموعها السند المبرر لتطبيق اتفاق التحكيم الوارد ضمن بنود ذلك النموذج.وبذلك لم يشترط المشرع أيراد شرط التحكيم في العقد مباشرة. لذلك نسلم بوجود اتفاق تحكيم في مفهوم قانون التحكيم الأردني سواء أكان الأطراف قد حرروا الاتفاق في عقدهم، أو اكتفوا بإدماجه عن طريق الاحاله إلى نموذج معلوم لديهم متى كان التعبير عن إرادة اللجوء للتحكيم صريحاً ولا يحتمل اللبس، وتوفرت في هذه العلاقة شروط صحتها بالتأكد من أن اللجوء للتحكيم كان من بين العناصر التي تغطيها الوثيقة الكتابية المحررة بين الأطراف. [159] (مادة 10 / ب تحكيم اردني، عبد القادر، 1996)

وبذلك فقد قررت المادة(10) من قانون التحكيم الأردني شكلية اتفاق التحكيم باعتبار الكتابة شرط انعقاد وليست شرط إثبات، وإن تعارض ذلك مع مبدأ الرضائية إلا أن قصد المشرع توضيح هذه الإرادة وحماية الأطراف نظراً للآثار الخطيرة لاتفاق التحكيم، وأهمها سلب الاختصاص القضائي من المحكمة المختصة.

وتجدر الإشارة إلا انه قد توجد نصوص خاصة تفرض شروطاً اشد حول شكلية اتفاق التحكيم .من ذلك المادة 924 من القانون المدني الأردني التي تنص على بطلان شرط التحكيم إذا ورد ضمن شروط نموذجية في وثيقة التأمين. والغاية من تقرير بطلان هذا الشرط هي حماية المؤمن له الذي لا يطلع عادة على هذه الشروط. لذلك يشترط في هذه الحالة أن يكون شرط التحكيم مكتوباً بشكل واضح يرد في وثيقة مستقلة بما يثبت إطلاع المؤمن له عليه ورضاه به. وحيث أن المادة 924 تشكل حكما خاصا بالتحكيم في عقود التأمين فإنها تسري كاستثناء على الأحكام العامة الواردة في قانون التحكيم.

الفرع الثاني: كتابة اتفاق التحكيم في القانون الإنجليزي

أما القانون الإنجليزي فقد وسع من مفهوم الكتابة –من خلال المادة الخامسة– اكثر مما صنع المشرع الأردني، حيث جعل من الاتفاق غير الموقع اتفاقاً مكتوباً، وجعل شأنه شان المشرع الأردني تبادل المعلومات كتابةً اتفاقاً مكتوباً وزاد في اعتبار الاتفاق مكتوبا إذا ما كانت الاتفاقية مثبتة كتابةً، وكذلك من خلال الإشارة إلى

نصوص مكتوبة.كما تعتبر متوفرة إذا تمت من قبل شخص ثالث بموافقة الأطراف؛ وإذا ما زعم أحد الطرفين ضد الطرف الآخر بوجود اتفاقيه غير مكتوبة ولم ينكر الطرف الآخر ذلك في معرض رده على الادعاء (أثناء تبادل اللوائح) يشكل اتفاقيه مكتوبة بين الطرفين فيما يتعلق بالنزاع. إلا أن الكتابة شرط لتطبيق الأحكام الواردة في قانون التحكيم الإنجليزي لسنة (1996). إذ لا يطبق هذا القانون إلا على إجراءات التحكيم التي تتم بناء على اتفاق مكتوب، فإذا تخلف شرط الكتابة لا يمكن تطبيق قانون التحكيم الجديد لسنة (1996).

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم غير المكتوب، وإن خرج عن نطاق تطبيق قانون التحكيم الإنجليزي لسنة (1996)، فإنه يبقى صحيحاً لكنه يخضع لقواعد القانون العامCommon Law . [(160)] (Mj Mustill and Boyd. 1989) ذلك أن القضاء الإنجليزي اقر مشروعية التحكيم بناء على اتفاق غير مكتوب منذ قرون عديدة، ثم تدخل المشرع الإنجليزي وسن تشريعات تحكم التحكيم المنبثق عن اتفاق مكتوب دون النص على بطلان الاتفاقات غير المكتوبة.

ونخلص إلى القول أن سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم مقيد بشكلية الكتابة في قانون التحكيم الأردني لسنة (2001) وقانون التحكيم الإنجليزي لسنة (1996). إلا أنه بينما يترتب على انتفاء الكتابة في القانون الأردني بطلان اتفاق التحكيم، فإن عدم كتابة اتفاق التحكيم يمنع تطبيق القانون الإنجليزي، بينما يبقى

التحكيم قائماً إذا تم إثبات وجود اتفاق تحكيم شفوي. والفرق أن اتفاق التحكيم الشفوي يخضع للمبادىء التي أقرتها السوابق القضائية وهي نظام اقل تطوراً من النظام الذي تضمنه قانون التحكيم الإنجليزي لسنة (1996).

دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وموضوع النزاع

قد تخضع عملية التحكيم لأكثر من قانون. فهناك القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والقانون الذي يحكم موضوع النزاع، إضافة إلى القانون المطبق على إجراءات التحكيم. [161] (الجمال، عبد العال، 1998) وسنتناول في هذا المبحث كلاً من القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وموضوع النزاع على أن نبحث القانون المطبق على إجراءات التحكيم عند الكلام عن دور الإرادة بخصوص الجوانب الإجرائية في عملية التحكيم.

كما رأينا في الفصل الاول، فإن النظرية القضائية تؤيد تطبيق قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها باعتبار أن التحكيم نظام منبثق عن تفويض من تلك الدولة. [162] (الجمال عبد العال، 1998) وبينما يقيد هذا الرأي دور الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإن النظرية العقدية والاتجاه السائد في كثير من التشريعات الحديثة يعطي الأطراف صلاحية اختيار القانون الواجب التطبيق، [163] (الجمال، عبد العال، 1998) أو أن يخول المحكم ممارسة ذلك الاختيار. ومع أن ممارسة المحكم لاختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

وموضوع النزاع قد تثير مشكلات خاصة، إلا أننا سنقتصر على مناقشة الحالات التي يقوم الأطراف فيها باختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وموضوع النزاع في مطلبين مستقلين.

1- دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

2- دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يمكن أن يختار الأطراف القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواءً اتخذ الاتفاق شكل شرط تحكيم ضمن عقد آخر أم مشارطة تحكيم. وتجدر الإشارة إلى أن شرط التحكيم، وإن تضمنه عقد آخر، إلا انه يمكن أن يخضع لقانون مختلف عن ذلك القانون الذي يحكم العقد الأصلي ويفسر هذا الحكم على أساس استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي؛ والذي أقرته المادة (23) من قانون التحكيم الأردني.

وتقضي استقلالية شرط التحكيم بأن هذا الشرط لا يتأثر بشكل عام بعيوب العقد الأصلي أو بطلانه أو انتهائه، طالما أن تلك العيوب وأسباب البطلان أو الانتهاء لم تتجه إلى شرط التحكيم بذاته. وتبرر استقلالية شرط التحكيم على أساس الإرادة الضمنية للأطراف إذ لا يتصور أن الأطراف يتوقعون بطلان شرط التحكيم إذا ثار نزاع حول صحة العقد الأصلي، فما إدراج شرط التحكيم إلا لحل النزاعات

الناشئة عن ذلك العقد أو حوله بما فيها المسائل المتعلقة بصحته.

وبناءً على ما سبق فإن للأطراف مجال واسع في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم دون التقيد بقانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها. [164] (BM North and JJ Fawcett, 1992) كما يجوز للأطراف أن يختارا قانوناً يحكم اتفاق التحكيم ويغاير القانون المطبق على النزاع. [165] (الجمال عبد العال، 1998)

بقي أن نشير إلى أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم يحكم الأمور المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم وصحته فقد أشارت المادة(1/36)من القانون النموذجي إلى جواز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين أن اتفاق التحكيم غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له أو بموجب قانون الدولة التي صدر فيها الحكم عند عدم الاتفاق على قانون معين. [166] (عبد الوهاب) فإذا شاب اتفاق التحكيم أحد عيوب الإرادة فان البحث عن صحة العقد يخضع للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وهو قانون الإرادة، وقد أشارت إلى ذلك المادة (1/5/أ) من اتفاقية نيويورك لسنة (1958) التي أجازت رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف أو وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم عند غياب الاختيار. [167] (مادة 1/5/أ اتفاقية نيورك 49 تحكيم اردني) "وتأكيداً لخضوع عيوب الإرادة للقانون واجب

التطبيق على اتفاق التحكيم ذهبت المحكمة العليا الألمانية بمناسبة ادعاء أحد طرفي اتفاق تحكيم بأنه قد تم توقيعه تحت ضغط اقتصادي، إلى تحديد القانون واجب التطبيق وفقا للمادة (5/1/أ) من معاهدة نيويورك وفقاً لما اختاره الأطراف؛ وحيث أن الأفراد اختاروا القانون التشيكي الذي لا يعتد بالضغط الاقتصادي سبباً لبطلان الاتفاق فقد رفضت المحكمة ذلك الادعاء." (168) (عبد الوهاب)

ومن الواضح أن دور الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم يتفق مع المبادئ العامة في تنازع القوانين التي تعطي الأولوية للقانون المختار (قانون الإرادة)فيما يتعلق بالعقود التجارية كقاعدة عامة.

دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

نظراً للدور الذي تلعبه الإرادة في إبرام التصرفات القانونية فإن هناك ما يبرر الاعتراف بدور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على التصرفات القانونية. وقد يبدو أن الإرادة عندما تختار قانوناً معيناً للتطبيق على التصرف فإن أحكام هذا القانون تصبح بمثابة الشروط العامة لهذا العقد. (169) (الجمال ، عبد العال،1998)

إلا أن موقف القضاء والمحكمين من القانون المختار يشير إلى أن القانون المختار يحتفظ بصفته كقانون ولا تعامل قواعده كشروط تعاقدية. (170) (الجمال ، عبد العال، 1998)

وسنبحث في دور الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال النقاط التالية:

أولاً: دور الإرادة في اختيار أكثر من قانون لتحكم أجزاء مختلفة من العقد.

ثانياً: دور الإرادة في اختيار قواعد قانونية لا تشكل ولا تنتمي إلى نظام قانوني وطني.

ثالثاً: القانون المختار والنظام العام.

أولاً: دور الإرادة في اختيار أكثر من قانون لتحكم أجزاء مختلفة من العقد

يثور التساؤل حول إذا كان بإمكان الأطراف تجزئة العقد وإخضاع كل جزء لقانون معين يختلف عن القانون المختار لحكم الجزء الآخر؟

إذا نظرنا إلى العقد كوحدة اقتصادية واحدة، فربما بدا أن المنطق يقتضي إخضاع العقد لقانون واحد. [171] (السمدان، 1993)

بالمقابل، فإن اعتبار الإرادة مصدر التصرف القانوني واختيار القانون، فإنه لا مبرر لتقييد حرية المتعاقدين في تجزئة العقد فللمتعاقدين أن يجزئا عقدهما ويخضعا كل جزء منه لقانون يحكمه. كأن تكون الالتزامات الناشئة عنه واجبة التنفيذ في أكثر من دولة فيخضع المتعاقدان التزاماً معيناً لقانون الدولة التي سينفذ فيها الالتزام، بينما يخضع الالتزام الآخر لقانون دولة ثانية؛ أو أن يتم إخضاع شروط الانعقاد لقانون معين، وتخضع الآثار لقانون آخر. ويعطي هذا الحل الحرية

للمتعاقدين ابتداءً لاختيار القانون الذي يناسب عقدهما؛ فقد يناسب قانون معين جزءاً من العقد ويناسب قانون آخر الجزء الآخر من هذا العقد فإذا كان المشرع قد أعطى المتعاقدين هذه الحرية فلا يصح سلبها منهما ما لم يقيدها المشرع." [172] (السمدان،1993 صادق، 1995) وفي حقيقة الأمر، انه إذا كان يجوز للأفراد استبعاد تطبيق القانون الوطني كلياً، فإنه من باب أولى يجوز استبعاد تطبيق القانون على جزء من العقد. ويجسد هذا الحل دور سلطان الإرادة في اختيار القواعد الواجب تطبيقها على موضوع النزاع.

ثانياً: دور الإرادة في اختيار قواعد قانونية لا تشكل ولا تنتمي إلى نظام قانوني وطني

نص قانون التحكيم الأردني على أن "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين".[173] (المادة 63/أ تحكيم اردني) وكذلك نص قانون التحكيم الإنجليزي على انه: "يجب على المحكمة التحكيمية أن تطبق على موضوع النزاع القانون المختار من قبل الأطراف، وإذا أراد الأطراف تطبيق القانون وفقاً لاعتبارات متفق عليها بينهم فعلى الهيئة أن تلتزم بذلك، وإذا اختار الأطراف قانون دوله معينه فإنه يكون اختياراً للقواعد الموضوعية وليس القواعد المتعلقة بتنازع القوانين." [174] (مادة 46 تحكيم انجليزي)

يتضح من هذه النصوص أن كلاً من المشرع الأردني، والإنجليزي يعطي الأولوية لتطبيق قانون إرادة الأطراف وهذا ما يتفق مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والذي يستمد وجوده من إرادة أطراف النزاع للأخذ به."فالاتجاه الغالب في أحكام القضاء المقارن، وقرارات التحكيم التجاري الدولي والفقه يقر بحق أطراف التجارة الدولية إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع منازعاتهم، بغض النظر عن أي صلة بينه و بين العقد مثار المنازعة مادام أن ذلك الاختيار كان يحذوه حسن النية، وباستطاعة أطراف التجارة الدولية-وفق هذا الاتجاه الغالب-استبعاد بعض نصوص القانون الذي قد يختارونه لحكم النزاع، وبمعنى آخر، يستطيعون اختيار بعض نصوصه واستبعاد بعضها الآخر وذلك لان نصوص مثل هذا القانون "المختار" لا تعدو أن تكون-حسبما ذهبت محكمة النقض الفرنسية- مجرد نصوص اتفاقية أو تعاقدية أكثر منها نصوص قانونية أو ملزمة".[175] (رضوان،1981)

إلا أن الخلاف الفقهي قد ثار حول تمكين الأطراف من اختيار قواعد قانونية لا تشكل قانونا وطنياً أو لا تنتمي إلى نظام قانوني وطني. فقد اعترض بعض الفقه على ذلك باعتبار انه لا يتصور وجود عقد دون قانون ما يحكمه. [176] (Mustill and Boyd 1989)

وتجدر الإشارة إلى أن النزاع المتعلق بعلاقة عقدية دولية، فإن قاعدة الإسناد

الأولى المقررة في هذا الشأن في كافة الأنظمة القانونية المعاصرة هي خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة. [177] (الطراونه، 2001)

وهكذا يتعين لكي يطبق المحكمون الأعراف والعادات المهنية التجارية ذات الطابع الدولي أن يشير المتعاقدون إلى تطبيقها صراحة أو ضمناً. فهذه القواعد الموضوعية لا تفرض نفسها على القاضي أو المحكم، وإنما تستمد قوتها وصفتها في التطبيق من إرادة الأطراف الذين اختاروها. [178] (الطراونه، 2001)

"فالمحكم لا يستطيع الفصل إذن في القضية المعروضة أمامه على أساس قواعد قانون التجارة الدولي وبالخصوص على أساس الأعراف والعادات التجارية الدولية إلا إذا كان الأطراف قد قرروا ذلك صراحة أو ضمنا، فتلك القواعد لا يكون لها سند في أن تفرض نفسها على المحكم، بل تستمد قوتها وصفتها في التطبيق من إرادة الأطراف الذين يذعنون لها." [179] (الطراونه، 2001)

إلا أن مؤيدي تمكين الأطراف من استبعاد تطبيق أي قانون وطني يدعمون موقفهم بضرورة اختيار قواعد تلائم طبيعة منازعات التجارة الدولية وتفادي القوانين الوطنية التي قد تتبنى حلولاً ذات مبررات محلية ولا تناسب التجارة الدولية. ونظراً لعدم إحاطة الأطراف بتفاصيل القوانين الوطنية، فإنهم قد يتعرضون لتطبيق حلول غير متوقعة. ولتفادي هذه المشكلة ينبغي السماح للأطراف باستبعاد تطبيق القوانين الوطنية واختيار قواعد لا تنتمي إلى أي قانون وطني. [180] (Mustill and boyd

(2001

وقد شهد القرن العشرون دعوة لتطبيق قواعد مستمدة من الأعراف والممارسات الدولية وليس من الأنظمة القانونية الوطنية. [181] (الجمال ، عبد العال، 1998) وتستمد هذه القواعد قوتها من "حاجات المعاملات الدولية وإرادة إطرافها أنفسهم وسلطات هيئة التحكيم التـــي تقيمهـــا هـــذه الإرادة للفصـــل في المنازعـــات الناشئة عنها." [182] (الجمال عبد العال، 1998)

فالأفراد قادرون على أن يضعوا تنظيما خاصا وقواعد منتقاة تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون معين، إنما في إرادة الأطراف مباشرة، كما يستطيعون أن ينشئوا قانون عقدهم عن طريق المزج بين عدة مصادر مستخلصة من عدة تشريعات وطنية، أو أجنبية أو يكرسوا العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد في حدود النظام العام والآداب العامة. [183] (بريري، 1999)

ويتسع نطاق سلطان إرادة الأطراف في استبعاد أي قواعد قانونيه عندما يفوضون المحكم صراحةً الحكم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام أي قانون في حدود ما يسمح به النظام العام والآداب العامة. [184] (المادة 36/د تحكيم أردني)

وقد أخذ قانون التحكيم الأردني بهذا الحل في المادة"36"كما اتجه القانون

الإنجليزي إلى السماح باستبعاد القوانين الوطنية إذ خولت المادة"46" من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة(1996) الأطراف باختيار "أي اعتبارات أو قواعد"ليتم حل النزاع وفقاً لها.

ثالثاً: القانون المختار والنظام العام

إذا كان للإطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، فإلى أي مدى تقيد مقتضيات النظام العام هذا الاختيار؟

لا تثير العلاقة الداخلية التي تكون موضوعا للتحكيم الوطني إشكالاً كبيراً إذ تخضع لقواعد النظام العام الوطني ولو اختار الأطراف قانوناً أجنبياً. (185) (الجمال، عبد العال، 1998) وهكذا لا تتجاوز الإرادة في التحكيم الداخلي قيود النظام العام الوطني.

أما في التحكيم الدولي الذي يكون موضوعه علاقة دولية، فقد ثار التساؤل حول النظام العام واجب التطبيق. فهل هو النظام العام المنتمي للقانون المختار أم النظام العام للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها؟وهل يجب على المحكم أن يطبق النظام العام للدولة التي سيتم تنفيذ العقد فيها؟

لا شك أن تطبيق أي من هذه الحلول قد يؤدي إلى مفاجأة الأطراف بقواعد وطنية لم يتوقعوها. لذلك يتجه المحكمون والقضاء إلى الأخذ بمفهوم النظام العام الدولي الذي يطبق على العلاقات الدولية. وقد تطور مفهوم النظام العام الدولي، فقد

كان يقصد به جزء من النظام العام الوطني الذي يطبق على العلاقات الدولية ويكون اقل تشدداً من النظام العام الوطني المطبق على العلاقات الداخلية. [186] (الجمال عبد العال، 1998) ثم أصبح يراد بالنظام العام الدولي تلك المبادىء المشتركة بين المجتمعات دون استمدادها من نظام وطني معين، كمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات وإبطال مفعول الغش وخطر الاتجار بالمخدرات. [187] (الجمال ، عبد العال، 1998)

والخلاصة أن الإرادة تخضع لقواعد من النظام العام-بقطع النظر عن مصدرها-التي تحد من نطاق القانون المختار.

دور سلطان الإرادة في تحديد آثار الاتفاق على التحكيم

بتوفر الشروط الموضوعية والشكلية لصحة اتفاق التحكيم فانه ينتج أثاره المتعلقة بالمتعاقدين وتلك المتعلقة بالجهة القضائية التي يرفع لها النزاع المتفق بشأنه على التحكيم وستناول ذلك من خلال مطلبين:

1- الآثار بالنسبة للمتعاقدين

2- الآثار بالنسبة للمحكمة التي يرفع إليها النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

الآثار بالنسبة للمتعاقدين

بما أن اتفاق التحكيم عقد، فهو توافق إرادتيين على إحداث أثر قانوني، [188] (السنهوري) والأثر القانوني المترتب على اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدين هو

الامتناع عن الالتجاء للقضاء للفصل في النزاع وفضه بواسطة المحكمين. فإذا ما أخل أحد الأطراف ولجأ إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى في الاتفاق على التحكيم[189] (الجمال ، عبد العال، 1998 والمادة 9 تحكيم انجليزي، المادة 12/أ تحكيم اردني) لأنه عقد ملزم للجانبين، أي يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين بعدم طرح النـــزاع علـــى القضاء والالتـــزام بطرحه على المحكمين، [190] (أبو الوفا) نتيجة لذلك يكون كل طرف ملزما تجاه الآخر بالالتزام على وجه التبادل وفقا للاتفاق المعقود بينهما فيكون سبب التزام أحدهما هو سبب التزام الآخر، [191] (العوجي) فقد يلزم كل منهما بذلك، فقد أكد هذا المبدأ القانون المدني الأردني من خلال نصه على أن ((يجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه)). [192] (المادة 199/ب مدني اردني) وترتيباً على ذلك إذا رفعت الدعوى أمام القضاء بخصوص المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم كان للمدعى عليه أن يدفعها بوجود اتفاق التحكيم، وطبيعة هذا الدفع هو دفع بعدم القبول وغير متعلق بالنظام العام لأن أساسه اتفاق الطرفين على التحكيم. [193] (والي، 1987) حيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ويجب أن يطلبه الخصم ذو المصلحة قبل إبداء أي دفع وإلا اعتبر قابلا لاختصاص المحكمة وحجة ذلك أن اختصاص المحكمين مستمد من الاتفاق، أي من إرادة طرفي النزاع، فيجب أن يظل لهذه الإرادة مطلق السلطة في الإبقاء على هذا الاختصاص أو سلبه، [194] (الطراونه، 2001) حيث يلزم الاتفاق

طرفيه بإحالة النزاع إلى المحكمين. [195] (المومني) فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية ذلك من خلال حكم لها جاء فيه : ((إن الاتفاق على التحكيم معناه تنازل الخصم عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه ما دام شرط التحكيم قائما)). [196] (تمييز حقوق 1981/35) ويتضح من ذلك أن الإرادة هي صاحبة السلطان في تحديد آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدين ويزداد سلطانها عندما يكون لها التحلل من هذا الالتزام بالاقاله، أي باتفاق الطرفين على ذلك سواء أكان صريحاً بالاتفاق المباشر أم ضمنياً من خلال عدم الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الدخول في الأساس والسير في الخصومة أمام القضاء، وهذا هو شأن المشرع الإنجليزي من خلال نص المادة(9/أ) [197] (المادة 9/أ تحكيم انجليزي).

الآثار بالنسبة للمحكمة التي يرفع إليها النزاع المتفق بشأنه على التحكيم

يتمثل أثر اتفاق التحكيم سواءً أكان شرطاً أم مشارطةً في انه يتعين على المحكمة احترام إرادة الأطراف بعدم قبول أي دعوى ترفع أمامها متفق بشأنها على التحكيم إذا أثير الدفع قبل الدخول في أساس الدعوى. وأكد ذلك قانون التحكيم الأردني من خلال نصه: (على المحكمة التي يرفع نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى، ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة أعلاه دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار بها أو إصدار حكم التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك)). [198]

(المادة 12/أ تحكيم اردني) فاتفاق التحكيم يحول دون قبول الدعوى التي يرفعها احد الطرفين خلافاً للاتفاق. وحيث أن التنفيذ العيني بإجبار الأطراف على اللجوء إلى التحكيم متعذر عملياً، فإن التنفيذ يكون من خلال رد الدعوى القضائية. وبخلاف ذلك يفقد التحكيم فاعليته ويصبح مجرد اتفاق رجل مهذب تتوقف فاعليته على مقدار تهذيب طرفيه وصدق نواياهما. [199] (عبد القادر، 1996) فسلطة المحكمة بعدم نظر النزاع يحددها توافق إرادتي الطرفين وذلك أن التجاء أحد الطرفين إلى القضاء يعني رغبته بالتخلي عن التحكيم، وهي إرادة منفردة لا تملك المحكمة الانصياع لها إلا إذا ارتبطت بإرادة الطرف الآخر مباشرة وبصورة صريحة أو ضمنيه من خلال عدم الدفع أو تفويت ميعاد الدفع والدخول في أساس الدعوى، بحيث لا يستطيع بعد مناقشة الموضوع العودة لطلب الحكم بعدم قبول الدعوى. [200] (بريري، 1999) إلا أن هذا الأثر بمنع محاكم الدولة من نظر الدعوى، لا يكون إلا إذا كان تنفيذ التحكيم ممكناً فإذا استحال عرض النزاع على المحكمين كان لصاحب الشأن اللجوء إلى المحاكم لأنها صاحبة الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات إلا ما استثني بنص خاص. [201] (مراد، 1996) وتظهر كذلك إرادة الطرفين بوضوح أيضاً من خلال سماح المشرع ببدء هيئة التحكيم بالإجراء أو الاستمرار فيها، أو إصدار حكم التحكيم بالرغم من لجوء أحدهما إلى القضاء، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك كأن يتفقا على التنازل عن التحكيم واللجوء للقضاء بإرادتهما. [202] (المادة 12/ب تحكيم اردني) وقد أعطى قانون التحكيم الإنجليزي صلاحية للمحكمة أوسع مما

أعطاها المشرع الأردني حيث جعل للمحكمة أن تتأكد بأن اتفاقية التحكيم صحيحة وفعاله وغير باطلة قبل الأمر بإيقاف الدعوى متمشياً مع خصوصية التحكيم في السرعة في حسم النزاع[203] (المادة 4/9 تحكيم انجليزي) أكثر مما هو المشرع الأردني الذي ألزم المحكمة بالتوقف عن نظر الدعوى وإحالتها للتحكيم دون التأكد من مدى فاعلية التحكيم، على الرغم أن كلاً منهما احترم إرادة الأطراف واعتبر العلاقة عقدية تبدأ بتوافق الارادتين ولا يجوز لأي طرف أن يلجأ للسلطة العامة بإرادة منفردة. وهذه نتيجة أخرى من النتائج التي رتبها الفقه على مبدأ سلطان الإرادة تجد نفسها في آثار اتفاق التحكيم وفقا للقانون الأردني تأثراً بالطبيعة العقدية للتحكيم.

وصفوة القول إن إرادة الأطراف كان لها الدور البارز في كافة مراحل اتفاق التحكيم إلا ما تعلق بالمصلحة العامة التي لا تملك الإرادة مخالفتها، بحيث تتسع في اختيار التحكيم وسيله لفض النزاع وتضمحل في تحديد الشروط الموضوعية، والشكلية والمحل لتعلقها بالمصلحة العامة والنظام العام. لتزداد في القانون واجب التطبيق على انعقاد العقد وعلى موضوع النزاع وتستمر بهذا الظهور وبتزايد في الآثار مع وجود بعض التباين بين القانون الأردني والإنجليزي على النحو الذي بينّاه.

الفصل الثالث

دور سلطان الإرادة في مرحلة خصومة التحكيم

(إجراءات التحكيم)

تُعد إجراءات التحكيم بمثابة العامود الفقري الذي يُقيم نظام التحكيم، وهي السياج الذي يضمن شرعيته، فباتخاذ الإجراءات خلال مدة التحكيم يمكن وضع التحكيم موضع التطبيق للوصول إلى حكمه. (ابراهيم،1997) [204] ومن أهم ما يميز التحكيم عن التقاضي أمام المحاكم أن المحكمين لا يلزمون بإتباع الإجراءات القضائية المطبقة لدى المحاكم.وبينما تعطي هذه الميزة للتحكيم فرصة توفير إجراءات أكثر سهولة ومرونة يكون من شأنها اختصار الوقت وتوفير النفقات، إلا أن تقييد إرادة الأطراف في اختيار الإجراءات التي يجب على المحكمين إتباعها قد يؤدي إلى تراجع هذه الميزة.

ولبيان دور إرادة الأطراف في تحديد المسائل الإجرائية في التحكيم، فإننا سنبحث موقف المشرع الأردني مقارناً بالقانون الإنجليزي بشأن المسائل التالية: أولا: دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات؛ ثانياً: دور سلطان الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم وتحديد مكان إجراءات التحكيم ؛ ثالثاً: دور سلطان الإرادة في تحديد سلطات المحكمين. ورابعاً: دور الإرادة في بدء الإجراءات وانتهائها

دور سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات

من المتفق عليه أنه ليس بالضرورة أن تخضع إجراءات التحكيم لذات القانون المختار للتطبيق على الموضوع، وكذلك ليس بالضرورة أن يكون القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو قانون مكان إجراء التحكيم (بخلاف ما تقضي به النظرية القضائية للتحكيم). لذلك من المهم معرفة موقف التشريع الأردني ومن ثم الإنجليزي من دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات؛

إذا كان من الممكن خضوع الإجراءات لذات القانون الذي يسري على الموضوع إلا انه يمكن إخضاعها لقانون مختلف إعلاءً لمبدأ سلطان الإرادة، وقد أظهر المشرع الأردني ذلك من خلال نص المادة (24) من قانون التحكيم التي تنص على ما يلي: (لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسه أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة إحكام القانون). [205] (المادة 42 تحكيم اردني) في ضوء هذا النص نجد أن لا شبهه في إخضاع إجراءات التحكيم ابتداءً لقانون الإرادة، بل أن للأطراف القدرة على وضع أو اختيار قواعد لا تنتمي لقانون معين يتبعها المحكم أو هيئة التحكيم.

ويجب أن نشير إلى أن حرية الأطراف في اختيار قواعد الإجراءات لا ترتبط بمكان التحكيم، فهي قائمه بغض النظر عن مكان التحكيم استنادا للنظرية العقدية. [206] (ابراهيم، 2001) فنجد أن هذه المادة أعطت مطلق الحرية للأطراف بالاتفاق على القانون واجب التطبيق على الإجراءات إلا إن نطاق سلطان الإرادة يختلف اتساعا وضيقا إذا ما كان التحكيم حراً ad hoc أم مؤسسياً institutional، ففي التحكيم الحر أو الخاص فان للإرادة دورا رئيسياً في صياغة القواعد الإجرائية، واختيار القانون واجب التطبيق الذي يحكم الإجراءات المتبعة لفض النزاع، إذ نصت المادة (1/5/د) من اتفاقية نيويورك بهذا الصدد على جواز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم الدليل على: (د. أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات مخالفه لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق). ويقترب هذا الموقف من نص المادة (49/أ) من قانون التحكيم الأردني (إذا تم تشكيل أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون أو لاتفاق الطرفين)، بحيث يكون الحكم عرضة للبطلان. وفي هذا إشارة إلى ضرورة احترام اتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم. [207] (السمدان، 1993).

وتأسيساً على ذلك فان أطراف عقد التحكيم بمقدورهم وضع قواعد إجرائية مفصله تحكم سير المنازعة أمام المحكم أو هيئة التحكيم، فهم يستطيعون ابتداءً وباتفاقهم خلق قواعد إجرائية خاصة بهم، أياً كان مصدرها، سواء كانت مستمدة من

قانون داخلي أم اكثر أو مستمدة من لوائح تحكيم لهيئات تحكيم دوليه أم مزيج من هذه القوانين أو تلك اللوائح، إذ يستطيع أطراف عقد التحكيم تضمين عقدهم بنودا لتنظيم سير قواعد سير المرافعات ومكانها وميعاد تقديم المستندات وأسماء الشهود وأجراء التحقيقات والاستعانة بالخبراء وتسبيب القرارات، وغير ذلك من تفاصيل المسائل الإجرائية. [208] (السمدان، 1993) إلا أنه في حالة عدم شمول القانون المختار كافة المسائل، فانه يستوجب على المحكمين البحث عن قانون أخر لتكملة هذا النقص، ويتم غالبا اختيار قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، فهذا القانون يلعب دورا احتياطيا إلى جانب قانون الإرادة بالنسبة لاختيار القواعد التي تحكم الإجراءات، ففي مجال المفاضلة بين قانون الإرادة وقانون محل التحكيم تكون الافضليه لقانون الإرادة، وهذا ما أكدته اتفاقية نيويورك إلا أن قانون التحكيم الأردني أكد على سريان القانون الأردني على أي تحكيم اتفاقي يجري داخل المملكة بحيث يكون لإرادة الأطراف اختيار القانون الأردني من خلال الاتفاق على أن يجري التحكيم في المملكة. [209] (الرفاعي).

أما إذا كان التحكيم منظما أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي الدائمة فان دور إرادة الأطراف يتسم بالضمور فيه من الناحية العملية، فهو تحكيم منظم، تسري عليه الأحكام اللائحية من حيث الإجراءات التي يتم اتخاذها من قبل هيئات التحكيم المشكلة ضمنه، فالتجاء الأطراف لهذه الهيئات للفصل في النزاع يتضمن قبولاً

بالقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم لهذه الهيئة، فينحصر بذلك دور إرادة الأطراف في هذا النوع مـــن التحكيم، باختيـــار التحكيم بإشراف هيئة معينة. [210] (السمدان، 1993) إذ أنه وإن كان من الممكن للأطراف قانوناً استبعاد بعض هذه القواعد فإنهم من الناحية العملية لا يضعون شروطا مفصلة في اتفاق التحكيم مما يعني خضوعهم لقواعد مؤسسة التحكيم المعنية.

وعلية فأن دور الإرادة يتسع في التحكيم الحر في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، بينما قد يكتفي الإطراف باختيار الهيئة أو المنظمة التحكيمية إذا كان التحكيم منظما دون تحديد الإجراءات بالتفصيل.

ويتفق المشرع الإنجليزي مع المشرع الأردني في مدى ظهور دور الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات إذ تنص المادة (5/4) على ما يلي: (إن اختيار قانون غير قانون إنجلترا وويلز وايرلندا الشمالية على أنه القانون المطبق بالنسبة لأمر منصوص عليه بموجب نص مكمل من هذا القانون يعتبر اتفاقاً على استبعاد النص المكمل).إذ أن إرادة الأطراف هي المقرر للقانون المطبق على أي إجراء في قانون التحكيم الإنجليزي في كل أمر لم يرد بشأنه نص آمر. [211] (المادة 5/4 تحكيم انجليزي)

دور سلطان الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم وتحديد مكان التحكيم

من المتفق عليه أن تشكيل هيئة التحكيم يعد إجراءً جوهرياً بدونه لا نصل إلى حكم التحكيم. ونتيجة للأصل التعاقدي للتحكيم فإن لإرادة الأطراف دور بارز

في تشكيل الهيئة سواء بصورة مباشرة من خلال اتفاق الأطراف، أو غير مباشرة في حال سكوتهم، مع علمهم بان المحكمة ستقوم بذلك، فيكونون قد فوضوا للمحكمة أمرهم. [212] (المادة 16 تحكيم اردني) لكن هل ترك المشرع الحرية للأطراف بتشكيل الهيئة دون تحديد للعدد، ودون ذكر للأسماء ؟وإذا تحدد العدد وتم اختيار المحكمين من قبل أطراف النزاع فهل يملك الأطراف رد المحكم أو عزله؟ وهل لاردة الأطراف دور في تحديد مكان التحكيم؟ هذا ما سنتولى توضيحه من خلال ثلاثة مطالب.

1- دور سلطان الإرادة في تحديد عدد المحكمين وذكر أسمائهم

2- دور سلطان الإرادة في رد المحكم وعزله.

3- دور سلطان الإرادة في تحديد مكان التحكيم

دور سلطان الإرادة في تحديد عدد المحكمين وذكر أسمائهم

تُعد مسألة تحديد عدد المحكمين وذكر أسمائهم، من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة، بحجة تعلق ذلك بالنظام العام للدولة. فهل حذا المشرع الأردني ذلك الحذو وهل أن هذه القيود فعلاً مقرره للصالح العام؟ سنتولى توضيحا لذلك من خلال فرعين

الفرع الأول: دور سلطان الإرادة في تحديد عدد المحكمين

الفرع الثاني: دور سلطان الإرادة في ذكر أسماء المحكمين

الفرع الأول: دور سلطان الإرادة في تحديد عدد المحكمين

تنص المادة (14/ا) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يُتفق على عدد المحكمين كان العدد ثلاث)). ونجد أن الفقرة -ب-من ذات المادة تنص على: ((إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلاّ كان التحكيم باطلاً)). في ضوء هذا النص نجد أن المشرع الأردني جعل لإرادة الأطراف دوراً مهماً في اختيار عدد المحكمين في حين قيد هذه الإرادة باشتراط أن يكون وتراً-واحد، ثلاثة، خمسه...الخ-فلا يجوز أن يكون شفعاً.

في حين أشار القانون الإنجليزي في المادة (15) إلى ما يلي: ((1-للأطراف الحرية في الموافقة على عدد المحكمين الذين يشكلون الهيئة التحكيمية وإذا ما سيكون هناك رئيساً أو فيصل)).وتقضي الفقرة الثانية على أن اختيار عدد زوجي يدل ضمناً على تعين فيصل (مرجح) ما لم يستبعدوا ذلك صراحةً .فمن المتصور إذن أن يتفق الأطراف على عدد زوجي دون فيصل للترجيح.وأشارت الفقرة (3) من المادة ذاتها إلى ما يلي: (إذا لم يوجد اتفاق على عدد المحكمين فإن الهيئة تشكل من محكم واحد) [213] (المادة 15 تحكيم انجليزي).

كذلك نجد المشرع الأردني اشترط أن يكون العدد ثلاثة، إن لم يتفق الأطراف على أن يكون العدد واحدا إذ إن قصده أن تعدد المحكمين يحقق ضماناً اكبر للعناية

بفحص النزاع، ولحيدة القرار الذي يصدر فيه. والمشاهد في الواقع العملي أنه كلما كان النزاع هاماً ومعقداً-وكثيراً ما يكون ذلك في منازعات التجارة الدولية-كلما كان الخصوم أميل لتعدد المحكمين لأن التعدد يمكنهم من الاضطلاع بما يتطلبه فحص النزاع من وقت وجهد، كما أنه يوزع المسؤولية بينهم فتطمئن نفوسهم إذ إن تعقد النزاع يتطلب خبرات مختلفة، لا يمكن توفرها بدون تعدد، على حين ذهب المشرع الإنجليزي- في حالة عدم الاتفاق على عدد المحكمين-إلى أن يكون عددهم واحداً، وقصده من ذلك الاقتصاد بالنفقات، فنجد من خلال موقف كل من المشرع الأردني والمشرع الإنجليزي أن المشرع الأردني اهتم بالوصول إلى حل النزاع وهو القصد من نظام التحكيم، ولم يولِ اهتماماً بالنفقات، [214] (الطراونه، 2001) كما فعل المشرع الإنجليزي، لأن ما اعتقده المشرع الإنجليزي من إيجابية في ذلك ليس من المستغرب أن يكون سلبياً في حالة صدور حكم غير عادل يستوجب الطعن به، أو إعادته إلى هيئة تحكيم أخرى، خصوصاً إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي.

إذ يتضح أن كلاً من التشريعين قيد الإرادة في تحديد العدد في حالة عدم الاتفاق المباشر، إلا إننا نرى عدم اتفاق الأطرف مع علمهم بحكم القانون ما هو إلا تعبير عن إرادتهم الضمنية بذلك، لأن إعمال النص رهين بعدم اتفاق الأطراف على ما يخالفه.أي أن نصوص قانون التحكيم ذات العلاقة بتشكيل هيئة التحكيم هي من النصوص المكملة إذ استثنينا اشتراط أن يكون العدد وتراً في قانون التحكيم الأردني

إذ يترتب على مخالفة ذلك بطلان إجراءات التحكيم. [215] (المادة 15 تحكيم انجليزي 14 تحكيم اردني)

الفرع الثاني: دور سلطان الإرادة في ذكر أسماء المحكمين

يختص الأطراف بمحض إرادتهم باشتراط ذكر أسماء المحكمين أو عدم ذكرها، ويتضح ذلك من خلال نص المادة (14) من قانون التحكيم الأردني بحيث اقتصر تقييد إرادة الأطراف على أن يكون العدد وتراً، ولم يشترط أن يذكر اسم المحكم. لكن لا يوجد ما يمنع أن يتفق الأطراف على اشتراط ذكر أسماء المحكمين، حتى يكون تشكيل الهيئة صحيحاً، تبعاً لمصالحهم التي هم الأقدر على تسييرها، فقد يستدل من ذلك على مدى حيدة أي من المحكمين واستقلاله. [216] (المادة 14 تحكيم اردني) وهذا شان المشرع الإنجليزي إذ لم يشترط ذكر الأسماء كما هو ظاهر من مضمون نص المادة(15). [217] (المادة 15 تحكيم انجليزي) تاركا الأمر رهن إرادة الأطراف إعلاءً منه لمبدأ سلطان الإرادة.

دور سلطان الإرادة في رد المحكم وعزله

مع انه يمكن، وفقاً للنظرية العقدية، تفسير العلاقة بين الأطراف وبينهم وبين المحكمين على أساس عقدي إلا أن العلاقة فيما بين الأطراف والمحكمين لا تتقيد تماماً بهذا الطابع العقدي في القانون الإنجليزي فقد أتاح المشرع للأطراف إمكانية عزل المحكمين أو ردهم.

فإذا تم تعين المحكم من قبل أطراف النزاع فهل يملك الأطراف طلب رد المحكم أو عزله وما دور الإرادة في كل ذلك؟هذا ما سنتولى توضيحه من خلال فرعين:

الفرع الأول: دور الإرادة في رد المحكم

الفرع الثاني: دور الإرادة في عزل المحكم

الفرع الأول: دور الإرادة في رد المحكم.

تنص المادة(17) من قانون التحكيم الأردني على انه:

(أ- لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله)

(ب- ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعينه إلا لسبب تبين له بعد أن تم هذا التعين).

في ضوء هذا النص اعلاه نجد أن المشرع الأردني قد احترم مبدأ سلطان الإرادة بنتائجه فالعقد الذي تم بإرادة الأطراف السليمة لا يجوز فسخه بإرادة واحدة إلا إذا ثبت سوء النية (الغش) لدى المحكم بأن كان غير محايد ومستقل، إذ إن الغش يفسد كل شيء على اعتباره ذلك مبدأ من المبادىء المشتركة في المجتمعات. [218] (الجمال ، عبد العال، 1998) وكذلك يتضح من نص الفقرة ب من المادة (17) من قانون التحكيم الأردني أن الأمر غير متعلق بالنظام العام و المصالح العليا، وإنما مصالح الأفراد بحيث يجوز للمحتكم أن يتنازل عن ذلك.

أي أن من مبدأ سلطان الإرادة، وما يتلازم معه من مبادئ عقدية كمبدأ القوة الملزمة للعقود، يؤدي إلى ضرورة إلزام الأفراد باحترام عقودهم. وهكذا لا يجوز لأطراف اتفاق التحكيم إنهاء علاقتهم الاتفاقية مع المحكمين إلا وفقا لإجراءات معينة وبتوافر شروط محددة كعدم نزاهة المحكم. ففي هذه الحالة الأخيرة يبرز دور المصلحة العامة المتمثل بالحفاظ على سلامة الإجراءات ضماناً للعدالة ويتضاءل معها دور إرادة الأطراف ولو كان أحد الأطراف يطالب برد المحكم الذي اختاره هو.

فالمحكم يقوم بالحكم كما هو القاضي، ومن ثم يتعين أن تتوافر في علاقته بالخصوم الحيدة والاستقلال، حتى يستطيع أن يمسك ميزان العدالة في منصة التحكيم، ويحقق المساواة بين الطرفين، وإذا كان هذا الشرط لا يتطرق إليه أدنى شك إزاء صراحة النص القانوني، إلا أن تقدير مدى توافر هذا الشرط في المحكم إنما هو أمر يعتمد بصفة أساسه على تقدير الخصوم، ومن ثم فان الأمر يختلف من حالة إلى أخري بالرغم من توفر نفس الملابسات. [219] (الجداوي، 2001).

وعلى هذا فان صلة المحكم بأحد الخصوم أو بهما معا في بعض الفروض لا تمس حياد المحكم أو استقلاله طالما كان الطرفان على علم بها وقت الاختيار، إذ قد يكون الغرض من التحكيم هو وضع النزاع في يد شخص أمين، وحريص على علاقة الطرفين كصديق للطرفين، أو مستشار قانوني لاحدهما ويحترمه الطرف

الآخر ويثق في نزاهته، ففي مثل هذه الأحوال فان الرباط الوثيق بين المحكم والخصوم أو بينه وبين أحدهما لا يؤثر في صحة اختيارهما متى كان معلوما لهما قبل الاختيار[220] (الجداوي، 2001).فإذا كان المحتكم عالما بالسبب الذي يؤدي إلى عدم حيدة المحكم أو استقلاله قبل الاختيار فإنه لا يجوز له طلب رده، لأن مجرد علمه مع عدم اعتراضه يعني قبوله بذلك، إذا علمنا أن المشرع الأردني الزم المحكم أن يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله. [221] (المواد 17/أ،ب، 14/ج من قانون التحكيم اردني).

أما في القانون الانحليزي فتنص المادة 24على انه"1-يجوز لأي طرف في التحكيم، بعد إشعار الأطراف الأخرى والمحكم المعني، أن يطلب من المحكمة رد محكم لأحد الأسباب التالية:

(أ- وجود ظروف تثير شكوكاً مبررة حول حيادة.

ب- أن المحكم لا يتمتع بالشروط والمؤهلات التي ينص عليها اتفاق التحكيم.

ج- عجزه البدني أو العقلي عن تسيير إجراءات التحكيم أو وجود شكوك حول قدرته على ذلك.

د- تخلف المحكم أو تقصيره في تسير الإجراءات بشكل سليم أو في تباطؤه في اتخاذ الإجراءات وإصدار قرار التحكيم).

الفرع الثاني: دور سلطان الإرادة في عزل المحكم

تنص المادة (19) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: (إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله يجوز للمحكمة المختصة الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن).

في ضوء هذا النص نجد أن المشرع عاد وأيد مبدأ سلطان الإرادة فأعطى الحرية المطلقة للأطراف بعزل المحكم إذا أخل بالالتزامات المترتبة عليه، كأن تعذر عليه القيام بمهمته أو لم يباشرها... الخ، والأساس القانوني لذلك هو الرابطة التعاقدية بين المحكم والمحتكم إذ إنه عقد ملزم للجانبين، فإذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد. [222] (المادة 19 تحكيم اردني).

في حين أشار المشرع الإنجليزي فيما يتعلق بإنهاء صلاحية المحكم سواء بإلغاء سلطاته أو استبعاده من خلال ما أورده في قانون التحكيم الإنجليزي إذ نصت المادة (23) منه على ما يلي:

((1- للأطراف أن يتفقوا على الظروف التي يجوز فيها عزل المحكم

2- عند تخلف مثل ذلك الاتفاق، تطبق النصوص التالية:

أ-باتفاق جميع الأطراف

ب-بقرار مؤسسة تحكيمية أو أي شخص مفوض بذلك من قبل الأطراف

4- في حال عزل المحكم باتفاق الأطراف، يجب أن يتم هذا الاتفاق كتابة ما لم يتفق الأطراف -بالكتابة أو غيرها-على إنهاء اتفاق التحكيم برمته.))

وصفوة القول لما تقدم أن كلاً من التشريع الأردني والتشريع الإنجليزي أظهر أن العلاقة عقدية بين المحكمين والمحتكمين وتستند إلى مبدأ سلطان الإرادة.وعلى اعتبار أن هذا العقد عقد ملزم للجانبين فإنه يرتب التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، بحيث ظهر الالتزام القانوني للمحكم من خلال إلزام القانون المحكم بالإفصاح عن أية ظروف تثير شكوكا حول حيدته واستقلاله، في الوقت الذي ترك أمر تحديد الحيدة والاستقلال للأطراف كما مر سالفا.

ففي حال إخلال المحكم في الالتزام المترتب عليه، يحق للأطراف، استنادا للنتائج المترتبة على العقد الملزم للجانبين، عزله مع المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية في حال عدم إفصاحه عما يثير شكوكا حول حيدته أو استقلاله.

وبناء على ما تقدم فأن عزل المحكم هو الإخلال بالرباط العقدي الذي يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، وما تجدر الإشارة إليه أنه وعلى الرغم من كل ذلك، فان إرادة الأطراف لها الحق بالتنازل عن حيدة المحكم أو استقلاله واعتبارها غير ذلك، وما ذلك إلا احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة. إلا أن المشرع الأردني يعتبر أن أساس عزل المحكم أو رده هو الإخلال بالتزام عقدي ، في حين أن المشرع الإنجليزي لم يأخذ بذلك في كافة الأحكام التي تحكم عزل المحكم أو رده، إذ أجاز للأطراف

مجتمعين أن ينهوا صلاحية المحكم، وهذا يدل على أن المشرع الإنجليزي لم يكن مستقراً في اعتبار العلاقة عقديه بين المحكمين والمحتكمين في كافة أحكامه المتعلقة بعزل أو رد المحكم، فكان المشرع الأردني أكثر توفيقا مما هو عليه المشرع الإنجليزي.

دور سلطان الإرادة في تحديد مكان إجراء التحكيم

نصت المادة 27/من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لإطرافها ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك)).

في ضوء ما أشار إليه النص نجد أن إرادة الأطراف هي التي تحدد مكان التحكيم وفقاً لما يتفق مع مصالحهم الخاصة، بحيث يراعون جملة اعتبارات عند اختيارهم لمكان التحكيم، كأن يكون قريباً من الخصوم لكيلا يكلفهم الانتقال إليه نفقات عالية، وان يكون قريباً من الشهود كيلا يثنيهم بعد المكان عن أداء الشهادة، وكأن يجري في مكان وجود البضاعة إذا تعلق النزاع ببيع دولي لتسهيل معاينة البضاعة، ومن مصلحتهم اختيار المكان الذي يكون فيه قرار التحكيم واجب التنفيذ

تيسيراً للإجراءات، وبذلك فقد أوضحت هذه المادة قدرة الإرادة على تعين مكان التحكيم. والغالب أن الأطراف لا يتركون هذه المسألة دون تنظيم في وثيقة التحكيم لأنهم يعلمون أهميتها العمليه والقانونية، والمشاهد أنهم يختارون عادةً مدناً صارت بمثابة مراكز عالميه للتحكيم مثل نيويورك-لندن-باريس-. واخيراً يجب الإشارة إلى أن الأطراف إذا لم يتفقوا على مكان التحكيم كان للمحكمين اختيار المكان مراعين في ذلك ظروف الدعوى، وملاءمة المكان لأطراف النزاع، ويتجلى مبدأ سلطان الإرادة إذا ما تم تعين مكان التحكيم باتفاق الأطراف أو بموجب لائحة تحكيم المؤسسة أو من قبل هيئة التحكيم، فليس بالضرورة أن تعقد هيئة التحكيم جميع الجلسات بهذا المكان إلا إذا نص الاتفاق على لزوم ذلك، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على أن تعقد بعض الجلسات في دولة المدعي أو المدعى عليه أو في الدولة التي توجد فيها البضاعة محل النزاع، وهذا ما أكده مشرعنا الأردني تقديساً منه لمبدأ سلطان الإرادة في هذا الشأن، وتمشيا مع خصوصية التحكيم في السرعة في حسم النزاع. [223] (المادة 27 تحكيم اردني، الطراونه، 2001)

وكذلك أعطى القانون الإنجليزي مطلق الحرية للأطراف في تحديد مكان التحكيم، لا بل جعله رهيناً بإرادة الأطراف، إذ اعتبر مكان التحكيم هو المكان الذي تم فيه إعداد القرار بغض النظر عن المكان الذي تم فيه توقيع القرار، وذلك من خلال الاحتكام لذلك بقاعدة مكمله تجد إلزاميتها بعدم اتفاق الأطراف، إذ اعتبر

المشرع الإنجليزي أن مكان التحكيم، هو ذلك المكان الذي تم فيه إعداد القرار بغض النظر عن المكان الذي وقع فيه القرار ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فيبقى لهذا الحكم الزاميته ما لم يتفق الأطراف على مخالفته بحيث يحق للأطراف أن يعتبروا مكان التحكيم المكان الذي تم فيه توقيع القرار أو الذي أعد فيه القرار أو غير ذلك وفقا لما تقضي به مصالحهم الخاصة، واظهر ذلك من خلال نص المادة (53) التي تنص على ما يلي: ((الأصل أن المكان الذي تم فيه إعداد القرار هو مكان التحكيم بغض النظر عن توقيعه إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك)).

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم الإنجليزي نص صراحة في المادة (3) على أن مكان التحكيم مفهوم قانوني وليس جغرافيي. أي أن للأطراف أن يتفقوا على مكان التحكيم الذي يكون لمحاكمه الإشراف على إجراءات التحكيم وسلامتها بغض النظر عن المكان الجغرافي الذي قد تعقد فيه إجراءات التحكيم.

فبذلك نجد أن المشرعين الإنجليزي والأردني جعلا تحديد مكان التحكيم رهيناً باتفاق الأطراف إعلاء منهما لمبدأ سلطان الإرادة[224] (المادة 53 تحكيم انجليزي)

دور سلطان الإرادة في تحديد شروط المحكم وسلطاته ومسؤولياته

سنتناول في هذا المبحث دور الإرادة في تحديد الشروط الواجب توفرها في المحكم ودورها كذلك في تحديد سلطاته، وذلك من خلال مطلبين:

1- دور سلطان الإرادة في تحديد شروط المحكم

2- دور سلطان الإرادة في تحديد سلطات المحكم

3- دور سلطان الإرادة في مسؤولية المحكم.

دور سلطان الإرادة في تحديد شروط المحكم

لم يشترط المشرع الأردني في المحكم أن يكون على علم بالقانون، كما لا يشترط فيه حتى مجرد إجادة القراءة والكتابة؛ فقد يكون أمياً، وقد يستعين بكاتب لكتابة الجلسات وذلك ضماناً من المشرع لحرية الأطراف في اختيار المحكم. [225] (الطراونه، 2001) فقد ترك المشرع الأردني مطلق الحرية للأفراد في اختيار المحكم، وهذا ما هو إلا اثر للمذهب الفردي الذي احترم الفرد من خلال احترام إرادته، كما يفسر ذلك ثقة المشرع بقدرة الأفراد على تسيير أمورهم بأنفسهم ضمن إطار النظام العام والآداب العامة. ولكن المشرع قيد إرادة الأطراف بان لا تحيد عن الشروط الخاصة بالمحكم والتي قصد منها أن يقوم المحكم بمهمته على نحو يحقق العدالة. ولذلك نصت المادة (1/15)

على ما يلي:

(أ- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجورا عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه اعتباره)). [226] (المادة 15/أ تحكيم اردني)

وأخيرا يجب أن نشير إلى أن قبول المحكم القيام بمهمته يجب أن يكون كتابة

وأن يفصح عنـــد قبولـــه عن أي ظروف مـــن شأنهـــا إثارة شكوك حـــول حيدته واستقلاله. [227] (المادة /ج15 تحكيم اردني)

في ضوء ما أشار إليه المشرع الأردني من أحكام بهذا الأمر لا نجد تحديداً دقيقاً لحيدة المحكم أو استقلاله، وبتقديرنا إن اشتراط المشرع لذلك لم يُقرر إلا لمصلحة الأطراف. إذ لا يوجد ما يمنع أن يكون المحكم صديقاً للمحتكم ما لم يعترض الطرف الآخر عليه، بحيث نجد أن معيار تحديد الحيدة والاستقلال مرهون باتفاق الأطراف إذ انه مقرر لمصلحتهم، ولا يدخل في إطار النظام العام والآداب العامة. كذلك لم يشترط المشرع الإنجليزي شأنه شأن المشرع الأردني جنسية المحكم، وديانته، ومستواه الثقافي، وجنسه، إذ ترك تلك الأمور لإرادة الأطراف يقررونها إعلاء منه لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه اشترط بالمحكم أن يكون نزيها ومحايداً ومستقلاً، بحيث لا يوجد به ما يثير شكوكا حول حيدته واستقلاله، واشترط كذلك أن يكون قادرا من الناحية العقلية والجسدية على أداء مهمته التحكيمية. وقد قصد المشرع الإنجليزي من هذه الشروط جدية الإرادة في اللجوء للتحكيم، واختيار المحكمين ممن يتمتعون بالحد الأدنى من القدرة على القيام بالتحكيم بما ينسجم مع شرعيته، إذ لا بد أن يكون له ارتباط بالنظام العام[228] (المادة 24 تحكيم انجليزي).

وعليه فإن كل من المشرعين الأردني والإنجليزي أطلق إرادة الأطراف في تحديد شروط المحكم، وقيدها في بعض الشروط التي اعتبرها مرتبطة بالنظام العام

والواردة في المادة (15) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (24) من قانون التحكيم الإنجليزي، إذ تترجم هذه الشروط إلى شرط وحيد؛ وهو ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية، إذ يطلق الفقه على هذه الشروط مصطلح (شروط الثقة القانونية) فالقانون لا يضع ثقته إلا في الشخص كامل الإرادة والتمييز، وشرط الثقة القانونية بأشكاله المتعددة التي ورد النص عليها في المادة (15) من القانون الأردني والمادة (24) من القانون الإنجليزي هي من الشروط المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الإخلال بها ولو بطريق الاتفاق، ومن ثم يعد هذا الشرط مطروحاً من تلقاء نفسه على المحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم أو التي تنظر طلب الأمر بالتنفيذ، إذ أوجب القانون على المحكمة أن تثير من تلقاء نفسها كل ما يتعلق بالنظام العام. [229] (بدران ، 1999)

لذلك فان هذه الشروط تعد بمثابة قيود مفروضة على حرية الأطراف في اختيار المحكم بواسطة القانون واجب التطبيق على التحكيم[230] (A. Redferl and Hunter ,1991).

دور سلطان الإرادة في تحديد سلطات المحكم

نصت المادة (5/49) من قانون التحكيم الأردني على انه: ((لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في أي من الحالات التالية...)) ((5- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق)). [231] (المادة 49

تحكيم اردني)

في ضوء هذا النص نجد أثر الطبيعة العقدية للعلاقة بين المحكمين والمحتكمين إذ إن الأطراف هم الذين يحددون سلطات المحكمين في حدود النزاع القائم بينهم، حيث يتضح أن إرادة الأطراف اتجهت إلى أن يكون اختصاص المحكمين محدداً بما اتُفق عليه، فليس لهم بعد ذلك تجاوز هذا التحديد وإلا كان التحكيم عرضة للبطلان.

ويتفق كل هذا مع النظرية العقدية للتحكيم التي تجعل اتفاق التحكيم المصدر الرئيس لسلطة المحكم وصلاحياته. كما ينبغي التزام المحكمين بالشروط التي يضعها الأطراف؛ ففي الوقت الذي يتم فيه تحديد اختصاص المحكمين، فان هذا التحديد انحدر من الطبيعة العقدية للعلاقة بين المحكمين والمحتكمين، ويعد هذا العقد عقداً ملزماً للجانبين، أي أنه يرتب التزامات متقابلة على أطرافه، فلا يملك بعد ذلك المحكمون الخروج عن الاختصاصات المحددة من قبل المحتكمين وإلا كانوا مخلين بالتزام عقدي، مصدره العقد المبرم بينهم وبين المحتكمين، وقامت بحقهم المسؤولية العقدية. وترتيبا على ذلك يجب عليهم أن يحترموا حدودهم بكل دقه لكي لا يكون حكمهم مشوباً بعيب (الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه).

وعليه فإذا كان المحكم مكلفاً بالفصل في تعين حدود العقار، وفصل في الملكية فإنه يعتبر عندئذ متجاوزاً حدود اختصاصاتها المحددة من قبل أطراف

النزاع. [232] (شحاته)

ولذا يبدو لنا واضحاً أن المشرع الأردني ترك مطلق الحرية للأطراف والمحكمين في تحديد اختصاصات المحكمين انسجاماً مع أن العقد شريعة المتعاقدين، وتقديساً منه لمبدأ سلطان الإرادة.

في حين أشار المشرع الإنجليزي في المادة (4/20) إلى ما يلي: (إذا اتفق الأطراف على ضرورة وجود رئيس فلهم الحرية في تحديد مهامه فيما يتعلق باتخاذ القرار والأحكام، أما إذا لم يوجد اتفاق فالقرار يؤخذ بالأغلبية أو الإجماع بما في ذلك الرئيس ويكون قرار الرئيس سائداً في حالة عدم وجود إجماع أو أغلبية)). ونصت المادة (1/21) من القانون نفسه على ما يلي: ((طالما أن الأطراف وافقوا على محكم مرجح فإن لهم الحرية في الموافقة على تحديد مهامه كاملة)). في ضوء النصوص أعلاه ظهر احترام المشرع الإنجليزي لمبدأ سلطان الإرادة من خلال ترك الحرية للأطراف في تحديد اختصاصات المحكم تأكيداً منه للطبيعة العقدية بين المحكمين والمحتكمين. [233] (المواد 21،20 تحكيم انجليزي)

ويبرز دور إرادة الأطراف في تحديد صلاحيات المحكمين من خلال الطبيعة المكملة لكثير من نصوص قانون التحكيم المتعلقة بصلاحياتهم كتحديد سلطات المحكمين إزاء الطرف المقصر في الاستجابة لطلبات المحكمين أو صلا حياتهم بشان الأدلة والبيانات.

ولكن مما ينبغي التأكيد عليه هنا أن حرية الأطراف في تحديد سلطات المحكم

مقيده بأن تكون تلك السلطات فيما يقبل التحكيم، أي أن تكون المسائل التي خول الأطراف المحكم الفصل فيها من المسائل غير المتعلقة بالنظام العام. [234] (الرسالة حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم)

مدى دور سلطان الإرادة في تحديد مسؤولية المحكم

يثور التساؤل فيما إذا كان من الممكن، في ضوء النظرية العقدية للتحكيم، مساءلة المحكمين عما قد يصدر منهم من أخطاء في الإجراءات وقرار التحكيم تضر بأحد الأطراف أو بهم جميعاً. ويبدو أن من المتعارف عليه في هذه الحالة إقرار حصانة المحكمين المماثلة لحصانة القضاة. وتبرير ذلك هو أن الغاية من التحكيم هي حسم النزاع نهائياً من قبل المحكمين وتقييد الرقابة القضائية على هذا القرار. فإذا أجاز القانون للأطراف مقاضاة المحكمين فسيؤدي ذلك إلى الالتفاف على نهائية قرار التحكيم إذ سيتعين على المحكمة مراجعة ذلك القرار شكلاً وموضوعاً لكي تتحقق فيما إذا كان المحكم قد ارتكب أخطاء فعلاً. وقد نص قانون التحكيم الإنجليزي في المادة (29) صراحة على حصانة المحكمين إلا في الحالات التي يثبت فيها الغش أو سوء نية المحكمين ولا شك أن هذه الحصانة للمحكمين تشكل قيداً هاماً على سلطان الإرادة إذ لا يجوز للأطراف استبعادها ولو بالاتفاق مع المحكمين.

أما الوضع في الأردن، فمع عدم وجود نص حول حصانة المحكمين إلا أنه

يمكن قبولها وفقا للمبادىء والسياسة التي تميز أحكام قانون التحكيم. ذلك انه ما دام حل النزاعات بسرعة ونزاهة من أهم غايات التنظيم القانوني للتحكيم؛ فإنه يمكن إقرار الحصانة للمحكمين باعتبارها ضرورية لتمكين المحكمين من تحقيق مهامهم.فهل من الممكن التوفيق بين هذه الحصانة والنظرية العقدية للتحكيم؟

نرى أنه يمكن التوفيق بين حصانة المحكمين وعلاقتهم التعاقدية مع الأطراف في الإطار التالي للحصانة:

1- تقوم حصانة المحكمين عن أخطائهم خلال إدارتهم لعملية التحكيم وفصلهم في النزاع، حيث أن هذا يشكل تنفيذاً لواجبهم الذي أخذوه على عاتقهم عند قبولهم لمهمة التحكيم.

2- أما إذا امتنع المحكم عن مباشرة مهمته أصلاً، أو مارسها بغش وسوء نية، فإنه لا يعتبر منفذاً لواجبه ولا مبرر لأن يستفيد من الحصانة في هذه الحالة.

2- أما في الحالات التي يستفيد فيها المحكم من الحصانة فإنه يمكن الاحتفاظ بحق الأطراف في مساءلته شريطة استنفاذ طرق الطعن في قرار التحكيم أولا، وأن يتم إبطال قرار التحكيم من قبل المحكمة. فإذا أبطل قرار التحكيم يتم فتح المجال أمام مساءلة المحكمين حيث يزول مبرر الحصانة في هذه الحالة وهو تفادي المراجعة الموضوعية للنزاع. بعبارة أخرى، يعتبر إبطال قرار التحكيم شرطاً يتوقف عليه مساءلة المحكمين على أساس المسؤولية العقدية الناتجة

عن تنفيذه لواجباته التعاقدية وهذا الموَجب (الالتزام) موجب تحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وهو إصدار حكم التحكيم فاصلاً في النزاع استناداً إلى الصلاحيات المحددة له من الأطراف. [235] (الاحدب)

3- دور سلطان الإرادة في تحديد موعد بدء الإجراءات وإنهائها

لتحديد بداية إجراءات التحكيم أهميه كبيرة في تحديد مدة التحكيم إذا حدد الأطراف مدة لإصدار قرار التحكيم، ولتحديد فيما إذا الأطراف قد قدموا الدفوع الشكلية في الوقت المناسب. [236] (ابراهيم، 2001) فمتى تبدأ هذه الإجراءات ؟وإذا بدأت فهل يملك الأطراف إنهاءها؟ وما هو دور المحكمة في إنهائها؟ ذلك ما سنتولى توضيحه من خلال مطلبين:

1- دور سلطان الإرادة في تحديد موعد بدء الإجراءات

2- دور سلطان الإرادة في إنهاء الإجراءات

دور سلطان الإرادة في تحديد موعد بدء الإجراءات

تنص المادة (26) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: (تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك).

في ضوء النص أعلاه نجد أن المشرع الأردني احترم مبدأ سلطان الإرادة إذ ترك للأطراف مطلق الحرية في تحديد بدء الإجراءات، بما يتفق مع مصالحهم. وقد

نص القانون على اعتبار أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يكتمل به تشكيل هيئة التحكيم إذا تخلف اتفاق الأطراف، وهكذا فإن تطبيق هذا النص يتوقف على عدم اتفاق الأطراف على تحديد موعد بدء الإجراءات، مما يعني ضمناً إحالتهم على الحكم الوارد في المادة (26) من القانون. [237] (المادة 26 تحكيم اردني) كذلك اعتد المشرع الإنجليزي بمبدأ سلطان الإرادة، وذلك من خلال الاحتكام في تحديد موعد بدء الإجراءات إلى قاعدة قانونيه مكمله وليست آمره. فقد نصت المادة (14) من قانون التحكيم الإنجليزي على أن:

((1- للأطراف الحرية في الاتفاق على تحديد نقطة بدء الإجراءات التحكيمية

2- إذا لم يتفق الأطراف على ذلك يتبع ما يلي:

3- في حالة تسمية المحكم أو تعينه في اتفاق التحكيم فان الإجراءات تبدأ بشأن نزاع معين عندما يقدم أحد الأطراف للطرف الآخر (أو الأطراف الأخرى) إشعارا خطياً طالباً منه (أو منهم) عرض النزاع على المحكم المعين أو المسمى في اتفاق التحكيم.

4- إذا كان من اللازم تعين المحكم أو المحكمين من قبل الأطراف فان المرافعات التحكيمية تبدأ بشأن موضوع ما عندما يقدم أحد الأطراف للطرف الآخر (أو الأطراف الأخرى) إشعارا خطياً طالباً منه (أو منهم) تعيين محكم أو الموافقة على محكم فيما يتعلق بذلك الموضوع.

5- إذا كان من اللازم تعيين المحكم أو المحكمين من قبل شخص ليس طرفاً

في الإجراءات فان الإجراءات التحكيمية تبدأ بالنسبة لموضوع ما عندما يقدم احد الأطراف إشعارا خطياً لذلك الشخص طالباً منه تعين محكم للنظر في ذلك الموضوع.))

وهكذا فإن قانون التحكيم الإنجليزي يترك تحديد نقطة بدء الإجراءات للأطراف، فإن سكتوا عن ذلك تطبق الحلول الواردة في المادة 14 على أساس الاتفاق الضمني للأطراف. [238] (المادة 14 تحكيم انجليزي)

دور سلطان الإرادة في إنهاء الإجراءات

من المتفق عليه أن اتفاق التحكيم عقد ملزم للجانبين، بحيث يبقى قائماً الى حين ترتيب أثاره بصدور حكم التحكيم. ولا يجوز لأي من الطرفين التحلل من ذلك بإرادته المنفردة، لكن هل يملك الأطراف الاتفاق على إنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور قرار التحكيم ورغم اتفاقهم مع المحكمين؟ وإذا ما أصبح استمرار الإجراءات مستحيلاً وغير مجدٍ فهل تبقى الإجراءات سارية؟هذا ما سنتولى توضيحه من خلال فرعين:

الفرع الأول: اتفاق الأطراف على إنهاء الإجراءات

الفرع الثاني: استحالة الاستمرار في الإجراءات

الفرع الأول: اتفاق الأطراف على إنهاء الإجراءات

نصت المادة (241) من القانون المدني الأردني على ما يلي: ((إذا كان العقد

صحيحاً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجـــوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي)). [239] (المادة 41 مدني اردني) وكذلك نصت المادة (243) من ذات القانون على ما يلي: ((للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده)). [240] (المادة 43 مدني اردني) وفقاً للقواعد العامة في التقايل الواردة في هذه النصوص، فإنه يمكن لأطراف اتفاق التحكيم إنهاء هذا الاتفاق بالإقالة. ويمكن أن نجد تطبيقاً خاصاً لهذه الحالة من خلال المادة (44) من قانون التحكيم الأردني التي تنص على ما يلي: ((تنتهي إجراءات التحكيم في حالة عدم تقديم المدعي دون عذر مقبول لائحة بدعواه يرسلها خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه والى كل واحد من المحكمين تشتملَ على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل موضوع النزاع وطلباته وكل أمر أخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه اللائحة بحيث يحق لهيئة التحكيم أن تقرر إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك)).

ففي ضوء حكم المادة أعلاه نجد أن إرادة الأطراف تقف حائلاً أمام هيئة التحكيم في اتخاذ قرار بإنهاء الإجراءات، إذا لم يقدم المدعي اللائحة مشتملة على ما تم الاتفاق عليه وضمن الوقت المتفق عليه، إذ نجد أن إرادة الأطراف هي المقرر رغم تجاوز الموعد المتفق عليه–لإنهاء الإجراءات أو الاستمرار بها. [241] (المادة 42/أ/2 تحكيم اردني) وكذلك نجد المادة (39) من القانون عينه تنص على ما يلي: ((إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن

يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية وينهي الإجراءات). فيمكن اعتبار التسوية اسلوباً اتفاقياً لإنهاء خصومة التحكيم.

أما المشرع الإنجليزي فقد أجاز أيضا إنهاء التحكيم بتسوية بين الأطراف بحسب المادة (51) التي نصت على ما يلي:

((1- إذا قام الأطراف أثناء المرافعات التحكيميه بتسوية النزاع فتطبق النصوص التالية ما لم يتفق الأطراف على خلافها.

2- تنهي هيئة التحكيم المرافعات المتعلقة بالموضوع إذا طُلب ذلك من قبل الأطراف وتسجل التسوية في صيغة حكم متفق عليه.

3- يكون للحكم الصادر قوة الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم ونفس الآثار.))

في ضوء النص أعلاه نجد أن الأطراف هم الذين يقدرون إنهاء الإجراءات ولا يوجد ما يمنعهم من ذلك، مع الاحتفاظ بحقوق المحكم أو الهيئة في تقاضي استحقاقاتهم. [242] (المادة 51 تحكيم انجليزي)

الفرع الثاني: استحالة الاستمرار في إجراءات التحكيم

تنص المادة (5/44) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي:

((تنتهي الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب أخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته)). بموجب هذا النص نجد أن القانون قد

أعطى لهيئة التحكيم سلطة تقديرية بإنهاء الإجراءات إذا استحال عليها الاستمرار في الإجراءات أو قدرت عدم جدواها، كما لو تبين للهيئة صدور حكم قضائي نهائي في موضوع النزاع، أو استحالة تنفيذ ما قد تصدره من أحكام وفقاً لقانون بلد التنفيذ. ويلاحظ على هذا الحكم انه لم يترك للأطراف حرية الاتفاق على الحل الذي يتعين على المحكمين إتباعه. ولعل المشرع افترض نشوء ظروف تجعل الاستمرار في عملية التحكيم غير مجد أو غير ممكن مما يجعل الحل الامثل إنهاء هذه العملية.

وأخيراً جاء المشرع بنص ذي صله بالنظام العام من خلال المادة (6/44) إذ جاء فيها ((تنتهي الإجراءات في حالة عدم توفر الأغلبية المطلوبة)) فيبدو هذا النص كقيد على إرادة الأطراف في تحديد نهاية الإجراءات، ولكن في تقديرنا إن الأمر متعلق بمصالح الأفراد ولا يدخل ضمن إطار النظام العام. والسؤال الذي يُطرح هنا ما الذي يمنع أن يتفق الأطراف على الحكم وتنفيذه دون أن توافق الأغلبية، إذ يمكن اعتبار أن الأطراف قد عدلوا شروط إجراءات التحكيم بموجب المادة 38 من قانون التحكيم الأردني التي خولت الأطراف تحديد الأغلبية المطلوبة؟[243] (المواد 14/أ و 6/44 تحكيم اردني، بريري) في حين لم يشر القانون الإنجليزي مباشرةً إلى حالات إنهاء الإجراءات لاستحالة الاستمرار بها، وما ذلك إلا لاعتبارها من الأمور المسلم بها بما ينسجم مع خصوصية التحكيم في السرعة في حسم النزاع .

نخلص من كل ما تقدم أن كل من المشرعين الأردني والإنجليزي قد جعل من إرادة الأطراف المحرك في مراحل إجراءات التحكيم كافه إلا ما كان متصلاً بالنظام العام والآداب العامة.

الفصل الرابع

دور سلطان الإرادة في حكم التحكيم

حكم التحكيم هو المآل الذي تنتهي إليه إجراءات التحكيم إلى غايتها.فبانتهاء الخصومة التحكيمية تصل إجراءات التحكيم إلى منتهاها، وغايتها التي أراد الخصوم الوصول إليها.وهي إصدار حكم التحكيم فاصلا في النزاع محل اتفاق التحكيم فصلا نهائياً وذلك من خلال المعيار المقرر لذلك، اتفاقا أو قانونا.وبهذا الحكم تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها ويتمتع الحكم بقوة الآمر المقضي به، ويكون قابلا للتنفيذ بالطرق المقررة. وحتى ينتج هذا الحكم أثاره القانونية لابد من توفر متطلبات موضوعية له وأخرى شكلية. (الطراونه، 2001) [244] وإذا صدر الحكم فهل للإرادة دور في تحديد صور الرقابة القضائية عليه، على اعتبار صدوره من هيئة تحكيم مشكلة بإرادتهم الحرة ؟ وما دور الإرادة في إجراءات تنفيذه؟ حتى نتمكن من الإجابة عن جميع هذه التساؤلات ينبغي أن نقسم هذا الفصل على النحو التالي:

1- دور سلطان الإرادة خلال مقدمات إصدار حكم التحكيم.

2- دور سلطان الإرادة خلال مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم.

دور سلطان الإرادة خلال مقدمات صدور حكم التحكيم

سنتولى من خلال هذا المبحث مناقشة دور الإرادة في تحديد الشروط الموضوعية والشكلية المتعلقة بالحكم من خلال مطلبين على النحو التالي:

1- دور الإرادة في تحديد الشروط الموضوعية

2- دور الإرادة في تحديد الشروط الشكلية

دور الإرادة في الشروط الموضوعية

يقصد بالشروط الموضوعية اللازم توافرها في الحكم تلك الشروط المتعلقة بموضوع الحكم والمتمثلة بحسم النزاع المتفق بشأنه على التحكيم بصورة ينتهي معها هذا النزاع.[245] (الطراونه، 2001) وطالما أن دراستنا تنصب اساساً في البحث عن دور الإرادة في قانون التحكيم.فإلى أي مدى كان للإرادة دور في تحديد هذه الشروط ؟وهذا ما سنتولى توضيحه من خلال أربعة فروع:

الفرع الأول: المداولة.

الفرع الثاني: الأغلبية.

الفرع الثالث: أن يكون الحكم شاملاً لجميع جوانب النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

الفرع الرابع: تسبيب الحكم.

الفرع الأول: المداولة

المقصود بالمداولة تبادل الرأي بين أعضاء هيئة المحكمة بعد إعلان ختام المحاكمة، وقبل النطق بالحكم على أن تتم بسريه لضمان استقلال الحكم، وتمكينهم من إبداء أراءهم بحريه.[246] (مبارك ، 1996)

تنص المادة (38) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم بما في ذلك حكم التحكيم النهائي بالإجماع أو بأغلبية الأعضاء ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك على أنه يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الطرفان وجميع أعضاء هيئة التحكيم)). بينما تنص المادة (159) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة (1988) على ما يلي: (يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم). في ضوء النصين أعلاه نجد أن قانون أصول المحاكمات المدنية اشترط صراحة المداولة. فهل هي واجبة من خلال ما نصت عليه المادة (38) من قانون التحكم؟

في ضوء النصين أعلاه (المادة 38 تحكيم أردني، والمادة 159 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني) يلاحظ أن المشرع الأردني في قانون التحكيم لم يشترط المداولة صراحة لأنها شرط مفروغ منه لسببين:

"**أولا:** أن اشتراط المشرع أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء يفترض أن هذه الأغلبية لا تتكون إلا بعد المداولة.

ثانيا: أنه لا يتصور عملا صدور الحكم دون مداولة فهي من القواعد الأساسية في التقاضي ويجب على المحكمين مراعاتها دون الحاجة للنص عليها.وما يجب الإشارة إليه أن هيئة التحكيم تنظم كيفية المداولة بالطريقة التي تراها ملائمة

لكنها تلتزم باتفاق الأطراف أن وجد".[247] (الطراونه، 2001)

وتقضي المادة (31) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة(1987)ما يلي: ((إنه بعد إقفال باب المرافعة نهائيا تجتمع هيئة التحكيم للمداولة وإصدار القرار)) ويقود التفسير الحرفي إلى القول: إن النص يفرض على هيئة التحكيم الاجتماع للمداولة وكذلك لإصدار القرار. ولكن ليس بالضرورة أن يكون الاجتماع واحداً، بل قد تعقد الهيئة أكثر من اجتماع للمداولة، وبعد ذلك تعقد اجتماعا خاصا لإصدار القرار وهذا يعني أن المداولة عن بعد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة غير جائز وكذلك الأمر بالنسبة لإصدار القرار مع أن مثل هذا الأمر غير دارج في الحياة العملية، إلا أن بعض شراح قانون التحكيم يذهبون إلى أن يُفسر النص بما يتفق مع الواقع العملي حيث ترتبط المداولة بإصدار الحكم، بمعنى أنه ليس بالضرورة أن تعقد هيئة التحكيم اجتماعاً أو اجتماعات للمداولة فيما بينها، بل يكفي أن تعقد مثل هذا الاجتماع فقط لإصدار القرار سواء تمت المداولة عن طريق الاجتماع المادي لأعضاء هيئة التحكيم أو بواسطة وسائل الاتصال الحديثة. أما الاجتماعات لغايات إصدار القرار، فيبدو أنها ضرورية لمعرفة مكان صدوره، وهذا الأمر بدوره قد يكون مفيداً لغايات تنفيذ الحكم، سواءً في دولة المكان الذي صدر فيه القرار أو في دوله أخرى غيرها. [248] (حداد، 1987)

وكذلك اعتد المشرع الإنجليزي بالمداولة واعتبرها من النظام العام، إذ تقضي

المادة (22) منه على اشتراط صدور الحكم بالأغلبية أو الإجماع في حال عدم اتفاق الأطراف على كيفية إصدار الحكم من قبل المحكمين. وهذا يدل على أن اشتراط المشرع الإنجليزي أن يصدر الحكم بأغلبية الاراء يفترض أن هذه الأغلبية لا تتكون إلا بعد المداولة. [249] (المادة 22 تحكيم انجليزي)

مما تقدم نجد أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني واتفاقية عمان للتحكيم اشترطتا صراحةً وجوب المداولة بينما نجد أن قانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم الإنجليزي لم يشترطا ذلك صراحة إنما تركا الأمر للاجتهاد مسلمين بان المداولة ذكرت أم لم تذكر فهي إجراء عملي لا يكون الحكم عادةً عادلاً بدونها.

الفرع الثاني: الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرار

تنص المادة (38) من قانون التحكيم الأردني على أنه"إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم بما في ذلك حكم التحكيم النهائي بالإجماع أو بأغلبية الأعضاء ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.على أنه يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الطرفان أو جميع أعضاء هيئة التحكيم". وتنص المادة (22) من قانون التحكيم الإنجليزي على ما يلي:

" 1- طالما أن الأطراف وافقوا على ضرورة وجود اثنين أو أكثر من المحكمين بلا رئيس أو حكم، فإن للأطراف أن يتفقوا على كيفية قيام المحكمين باتخاذ

القرارات والأوامر والأحكام.

2- إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإن القرارات والأحكام سوف تتخذ من قبل جميع أو أغلبية المحكمين".

في ضوء النصوص أعلاه نجد أن كلاً من المشرع الإنجليزي والأردني أعطى الحرية للأطراف في مدى توافر الأغلبية لإصدار القرار إعلاءً منهما لمبدأ سلطان الإرادة باعتبار أن الأمر غير متعلق بالنظام العام، وإنما بمصالح الأطراف، إذ أجاز للإطراف التنازل عن الأغلبية أو الإجماع. وما يستفاد من ذلك أن الأطراف هم الذين يقررون ضرورة أن يصدر الحكم بالأغلبية أو الإجماع. [250] (المادة 38 تحكيم اردني، 22 تحكيم انجليزي، الطراونه، 2001)

الفرع الثالث: أن يكون الحكم شاملاً لجميع جوانب النزاع المتفق بشأنه على النزاع

مقتضى هذا الشرط في حكم التحكيم أن هيئة التحكيم تلتزم بإصدار حكم التحكيم في كل شق من النزاع، بحيث تحسم جميع المنازعات التي أثارها الخصوم في حدود سلطتها.ولكن هيئة التحكيم بخلاف القاضي لا تستمد سلطتها في الفصل في النزاع المطروح عليها من الدولة، وإنما من اتفاق الأطراف، الذين يحددون نطاق مهمة هيئة التحكيم.فهيئة التحكيم "هي قاض النزاع"كما حدد الأطراف ولا ينطبق عليها أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع؛ وبالتالي لا تملك هيئة التحكيم الحكم بأكثر

مما طلبه الخصوم أو بما لم يطلبوه. [251] (الطراونه، 2001)

"وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات، وهو مقصوراً حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين وبالتالي لا يصح تبعاً إطلاق القول في خصومة بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع". "وعليه فقد ذهبت في أحد أحكامها بأنه إذا كان المعروض على هيئة التحكيم كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الشركة، فليس لها الحكم في بطلان أو صحة هذا العقد".[252] (الطراونه، 2001) وهذا يفسر ما سبق بيانه بخصوص اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشارطة، إذ يلزم في الحالة الأولى أن يتضمن بيان المدعي تحديد مسائل النزاع وطلباته، ويتم إعلان الأطراف والمحكمين بها، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم فإنها تتعرض للبطلان إذا لم تتضمن التحديد الدقيق لموضوع النزاع، فهذا وذاك مقصود به تحديد "نطاق مهمة المحكم"وبالتالي تحديد صحة أو بطلان حكم التحكيم.حيث اتضح من ذلك أن إرادة الأطراف هي صاحبة السلطان في تحديد جوانب النزاع وكذلك سلطات المحكم[253] (بريري، 1999).

الفرع الرابع: تسبيب الحكم

إذا كان مبدأ وجوب التسبيب قاعدة أساسيه بالنسبة لصحة الأحكام القضائية في معظم تشريعات العالم، فهل هي كذلك بالنسبة لنظام التحكيم ؟ "اختلفت الآراء في هذا الشأن، إذ اشترط البعض وجوب التسبيب لصحة القرارات التحكيمية باعتبار أن

هذه القاعدة أساسيه ولها ارتباط بالنظام العام، فضلا عن أن مصلحة المتقاضين أنفسهم تقتضي ذلك، لتمكين الرقابة القضائية على هذه الأحكام. واعترض على هذا الرأي فريق أخر معتبراً أن طبيعة التحكيم بوصفه قضاء خاصاً تستوجب التخلي عن الشكليات التي قد تكون حاجزاً أمام المتقاضين بحيث تغرقهم في سلبيات القضاء العادي" واشتراط الشكليات الواجبة لصحة الأحكام القضائية، ومحاولة إنهائها بالنسبة للقرارات التحكيمية إنما هو بمثابة الزج بالمتقاضين الذين اختاروا القضاء الخاص في سلبيات القضاء العادي وتعقيداته، وبعبارة أخرى إذا كانت الشروط الشكلية في الأحكام التحكيميه هي ذات الشروط في الأحكام القضائية، فلماذا الالتجاء إلى مؤسسة التحكيم؟ أليس في ذلك تجاهل لخصوصيات التحكيم والغاية منه؟ لذلك يرى هذا الفريق وجوب أن يترك تطبيق مبدأ التعليل من عدمه لإرادة الأطراف أولا وأخيراً. [254] (الباهي،2001) وقد اخذ بهذا الرأي الأخير قانون التحكيم الأردني فنصت المادة (41/ب) منه على ما يلي: ((يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم)). في ضوء النص أعلاه يتضح أن المشرع الأردني أطلق حرية الأطراف في ذكر الأسباب سواء بإرادة صريحة أم ضمنيه من خلال السكوت وإيلاء الأمر للهيئة لتسبيب الحكم. [255] (المادة 41/ب تحكيم اردني) وتجدر الإشارة إلى انه وفقاً للقانون الأردني يصدر حكم التحكيم خالياً من التسبيب

في حالتين: [256] (الطراونه، 2001)

"**الحالة الأولى**: إذا اتفق أطراف التحكيم على إعفاء المحكم من التسبيب

الحالة الثانية: إذا كان القانون واجب التطبيق على الإجراءات لا يشترط تسبيب الحكم". [257] (الطراونه،2001) وهو القانون المختار من قبل الأطراف ، ففي الحالتين يتضح أن إرادة الأطراف هي صاحبة الشأن في ذلك إعلاء لمبدأ سلطان الإرادة من قبل المشرع الأردني. في حين أشار المشرع الإنجليزي من خلال نص المادة (4/52) إلى:((4- يجب أن يتضمن الحكم أسبابه ما لم يكن الحكم قد صدر بشروط مُتفق عليها من الأطراف أو اتفق الأطراف على التنازل عن التسبيب)).

يتضح من النص أعلاه أنه يجوز للأطراف أن يتفقوا على أن يخلو الحكم من التسبيب، بحيث يكون بذلك متفقا مع القانون الأردني في إعطاء مبدأ سلطان الإرادة دور في اشتراط التسبيب.

دور سلطان الإرادة في تحديد الشروط الشكلية المتعلقة بالحكم

حكم التحكم هو ثمرة عملية التحكيم برمتها، وهو المعول عليه في التحكيم، لذا لابد من توفر شروط شكلية معينة به، شأنه شأن الحكم القضائي.فما دور الإرادة في تحديد هذه الشروط أو التنازل عنها؟ سنبين في الفروع التالية المسائل التي حددها القانون وتلك التي ترك للأفراد دوراً في اختيارها كالتالي:

الفرع الأول: كتابة الحكم

الفرع الثاني: تاريخ الحكم

الفرع الثالث: لغة الحكم

الفرع الرابع: نشر الحكم

الفرع الأول: كتابة الحكم

تنص المادة (41) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي:

((أ- يتم تدوين حكم التحكيم كتابةً ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين بحيث تتبين في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية)).

في ضوء النص أعلاه نجد أن المشرع الأردني اشترط كتابة الحكم لوجوده لا لإثباته، فصدوره شفاهةً لا يتحقق به وصفه بأنه حكم تحكيم يكتسب حجية الأمر المقضي به، ولا يكون ممكناً تنفيذه لاشتراط تقديم صوره أصليه معتمدة أو موثقه من الحكم مع طلب التنفيذ، وهو ما لا يتصور إلا بالكتابة، فإذا لم يكتب يكون منعدماً، فالكتابة تشهد بإصدار الحكم عن هيئه التحكيم التي اختارها الأطراف بإرادتهم ولا تكفي الكتابة كي يستوفي حكم التحكيم مقتضياته الشكلية، بل ينبغي أن يكون موقعاً من الهيئة التي أصدرته أيضاً. [258] (الطراونه، 2001)

يتضح من كل ذلك أن إرادة الأطراف لا تملك الاتفاق على أن يكون الحكم غير مكتوب لتعلق ذلك بالنظام العام.

أما قانون التحكيم الإنجليزي فقد نصت المادة (3/52) منه على ما يلي:

((1- للأطراف الحرية في الاتفاق على شكل الحكم.

2- في حالة عدم الاتفاق تطبق النصوص التالية:

3- يجب أن يكون الحكم مكتوباً وموقعاً من قبل جميع المحكمين)).

في ضوء النص أعلاه نجد أنه ليس شرطاً أن يكون الحكم مكتوباً، بل تُركت الحرية للأطراف بالاتفاق على شكل الحكم وبذلك يكون المشرع الإنجليزي أطلق الحرية للأطراف في اشتراط الكتابة والتوقيع على الحكم أم لا، إذ يبدو واضحا أن المشرع الإنجليزي ترك تحديد المسألة لإرادة الأطراف، على العكس من المشرع الأردني، في هذا الشأن الذي قيدها لحرصه عليها وتمشياً مع خصوصية التحكيم في السرعة في حسم النزاع. أما المشرع الإنجليزيّ فلم يحتط لصعوبة الإثبات إذا ما حصل خلاف بين الأطراف على تنفيذ مضمون الحكم، إذ إن ذلك يتنافى مع السرعة في حسم النزاع.

الفرع الثاني: تاريخ الحكم

تنص المادة (41/ج) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وموجز عن اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكره واجباً على أن يتضمن الحكم تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الأطراف)).

في ضوء النص أعلاه نجد أن المشرع الأردني نظم المسألة بنص آمر فاشترط على هيئة التحكيم ذكر تاريخ الحكم. وأهمية هذا التاريخ تتمثل في انه تنتهي إجراءات التحكيم ويكتسب الحكم حجية الأمر المقضي به، ويبدأ من هذا التاريخ ميعاد سريان تسليم حكم التحكيم إلى الأطراف، ويبدأ حساب المدة التي تملك هيئة التحكيم خلالها من تلقاء نفسها تصحيح ما وقع في الحكم من أخطاء مادية.

أما قانون التحكيم الإنجليــزي فقد نص في المادة (54) على ما يلي:

((1- إذا لم يتفق الأطراف على تاريخ الحكم، يجوز للمحكمة أن تقرر ما الذي يجب أخذه ليكون التاريخ الذي تم فيه إعداد الحكم.2-في غياب مثل هذا الاتفاق فإن تاريخ الحكم يجب أن يؤخذ على انه التاريخ الذي تم فيه توقيعه من قبل المحكم أو إذا وقع اكثر من محكم على الحكم فيعتد بتاريخ توقيع اخرهم)).

ومن ذلك يتضح أن المشرع الإنجليزي أعطى الحرية للأطراف لتحديد متى يعتبر تاريخ الحكم وفي غياب هذا الاتفاق المباشر يكون هو من تاريخ توقيع المحكم إذا كان واحداً وإذا تعدد المحكمون كان هو تاريخ توقيع أخرهم. ويبدو واضحاً أن المشرع الإنجليزي اعتد بإرادة الأطراف في هذا الأمر أكثر مما فعل المشرع الأردني الذي اشترط أن يكون التاريخ مكتوباً دون أن يحدد متى يكون تاريخ الحكم صراحةً. [259] (المادة 41 تحكيم اردني، 45 تحكيم انجليزي)

الفرع الثالث: لغة الحكم

تنص المادة (53 /ب/3) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي:

((ب- يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة المختصة مرفقا بما يلي

3- ترجمه لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية إذا لم يكن ذلك الحكم صادراً بها)).

في ضوء هذا النص يتضح أن المشرع الأردني لم يشترط أن يصدر حكم التحكيم باللغة العربية بل أجاز للأطراف الاتفاق أن يكتب حكم التحكيم بأي لغة إلا أنه يشترط لطلب تنفيذ الحكم في الأردن أن يترجم الحكم إلى اللغة العربية إن لم يكن صادراً بها، ويتفق هذا مع حرية الأطراف في اختيار المحكم بغض النظر عن جنسيته ولغته. [260] (المادة 53/ب/3 تحكيم اردني) على حين أشار المشرع الإنجليزي في المادة (1/52) إلى ما يلي:

(1- للأطراف الحرية في الموافقة على شكل الحكم) من خلال هذا النص نجد أن المشرع الإنجليزي ايضاً لم يشترط لغةً محدده للحكم. [261] (المادة 52 تحكيم انجليزي)

الفرع الرابع: نشر الحكم.

تنص المادة (42) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي:((لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموفقة طرفي التحكيم)).

في ضوء النص أعلاه يتضح أن المشرع الأردني ترك الحرية المطلقة

للأطراف في السماح بنشر الحكم أو عدم نشره بما يتفق مع مصالحهم الخاصة، ولا يجوز لهيئة التحكيم نشر الحكم متجاهلة إرادة الأطراف.[262] (المادة 42/ب تحكيم اردني)

في حين لم يشر المشرع الإنجليزي في قانون التحكيم الجديد لسنة (1996) إلى نشر الحكم وما إذا كان للأطراف الحرية بذلك أم لا صراحةً. إلا أنه من خلال استقراء بعض نصوص القانون الإنجليزي وتحديداً المادة الرابعة والمتعلقة بالقواعد غير الإلزامية يلاحظ انه أعطى للأطراف الحرية باتخاذ ما يلزم لتحقيق مصالحهم علماً أن النشر يتنافى مع السرية المطلوبة من نظام التحكيم، وهي من أهم الأمور التي يحافظ الأطراف من خلالها على مصالحهم.[263] (المادة 2/4 تحكيم انجليزي)

دور سلطان الإرادة خلال مرحلة ما بعــد صدور حكم التحكيم

سنتولى من خلال هذا المبحث توضيح دور الإرادة بعد صدور الحكم سواءً من حيث دورها في تحديد مدى الرقابة القضائية عليه، أو دورها في تنفيذه.

وسنتناول موضوعات هذا المبحث في مطلبين كالتالي:

1- دور سلطان الإرادة في تحديد صور الرقابة القضائية على حكم التحكيم (دعوى بطلان حكم التحكيم).

2- دور سلطان الإرادة في تنفيذ حكم التحكيم

دور سلطان الإرادة في تحديد صور الرقابة على حكم التحكيم

(دعوى بطلان حكم التحكيم)

من المتفق عليه أن حكم التحكيم لا يخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، إلا أنه يُراقب من خلال دعوى مستقلة تسمى دعوى بطلان حكم التحكيم، فما طبيعة هذه الدعوى؟ وما هو دور سلطان الإرادة في تحديد الحالات التي إذا توفرت أي منها جاز رفعها؟وما دور الإرادة في النظام الإجرائي لدعوى البطلان؟هذا ما سنتولى توضيحه من خلال ثلاث فروع:

الفرع الأول: دور سلطان الإرادة في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

الفرع الثاني: دور سلطان الإرادة في حالات بطلان حكم التحكيم

الفرع الثالث: دور سلطان الإرادة في النظام الإجرائي لدعوى البطلان

الفرع الأول: دور سلطان الإرادة في رفع عوى بطلان حكم التحكيم

من المتفق عليه عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية في قانون التحكيم الأردني وذلك بصريح نص المادة (48) من قانون التحكيم الأردني التي نصت على ما يلي:

((لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً لأحكام المواد 49، 51،50)).

وتنص المادة (50) من القانون نفسه على ما يلي: ((ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم)).

يتضح من النصين أعلاه اختلاف حكم التحكيم عن الحكم القضائي من ناحية عدم خضوعه لذات طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية.وإنما يخضع للرقابة عليه من خلال دعوى بطلان أصليه لا تعطي للقضاء صلاحية تفحص النزاع أو إعادة النظر به لإصلاح الحكم أو تعديله، وإنما تهدف فقط لإبطاله في حال توفر حاله من حالات البطلان الواردة على سبيل الحصر في المادة (49) من قانون التحكيم الأردني، وهي بمجملها تتعلق بمخالفة إرادة الأطراف، ففي الوقت الذي تكون مراقبته من خلال دعوى مستقلة لا تملك الإرادة عندئذ النزول عنها مسبقاً، ولكن يجوز لها ذلك بعد صدور حكم التحكيم.[264] (المواد 48، 49، 50 تحكيم اردني)

وتجدر الإشارة إلى أن حق الالتجاء للقضاء حق دستوري لا يمكن التنازل عنه، وهنا يجب عدم الخلط بين هذا الحق والحق في إقامة الدعوى، فحق الالتجاء إلى القضاء حق تنظمه قواعد القانون وتحميه نصوص الدستور. بينما الحق في إقامة الدعوى حق من الحقوق الخاصة تنظمه قواعد أصول المحاكمات؛ كذلك فالحق الأول لا يمكن التنازل عنه لأنه من الحقوق العامة، وذلك يتعارض مع النظام العام،

أما الحق في إقامة الدعوى فهو حق قابل للتنازل عنه على أن يتم التنازل بعد نشوء الحق فالتنازل عن رفع الدعوى أمام القضاء بعد نشوء الحق جائز لنه تنازل عن حق من الحقوق الخاصة. [265] (مبارك،1996) وهذا هو أساس عدم الاعتداد بالتنازل السابق على ثبوت الحق بإقامة دعوى بطلان حكم التحكيم التي لا تثبت إلا بعد صدور حكم التحكيم متى كان معيباً بأي عيب من العيوب الواردة في المادة–49– من قانون التحكيم الأردني.

من كل ما تقدم يتضح أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طريقاً من طرق الطعن في الأحكام القضائية، وإنما هي دعوى أصليه ترمي إلى إبطال حكم التحكيم لا إلى تصحيحه أو تعديله أو تكملته، فسلطة المحكمة المختصة بنظرها تقتصر على تفحص أسباب البطلان المثارة من مدعي البطلان وتلك التي تملك أن تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ولا تملك التعرض لموضوع النزاع الذي قضى به الحكم فهي إما أن تقرر إبطال الحكم أو تأييده. [266] (الطراونه، 2001) حيث يملك الأطراف التنازل عنها بعد نشوء الحق فقط لأن الأمر أصبح يتعلق بحقوق ثابتة للأفراد إذ يحق لهم التنازل عنها وقيداً على الإرادة قبل ثبوتها لتعلق ذلك بالنظام العام بما يخدم الإرادة.

أما قانون التحكيم الإنجليزي فإنه يتضمن من جهة حق الأطراف في طلب المراجعة القضائية لبعض المسائل القانونية التي عالجها المحكم المادة (45). ومن

جهة أخرى فإنه يجيز للأطراف الاتفاق على استبعاد هذه الرقابة القضائية على تطبيق القانون. أما أسباب الطعن في قرارات التحكيم القائمة على أساس عدم صحة الإجراءات أو عدم اختصاص المحكم فإنها تخضع لرقابة القضاء بموجب نصوص آمـرة في قانون التحكيم الإنجليـزي "المواد 67، 69" ولا يجوز للإطراف استبعادها. (267) (المواد 49، 45، 4 تحكيم انجليزي)

الفرع الثاني: دور سلطان الإرادة في تحديد اسباب بطلان حكم التحكيم

تنص المادة (49/أ) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في أي الحالات التالية:

1- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيحا ومكتوبا أو كان هذا الاتفاق باطلا أو سقط بانتهاء المدة .

2- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.

3- إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته.

4- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

5- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم على وجه مخالف لهذا القانون أو

لاتفاق الطرفين

6- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها

7- إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو اثر في مضمونه أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه

ب- تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها)).

وتأسيساً على ذلك يمكن تقسيم أسباب بطلان حكم التحكيم التي تبرر رفع دعوى البطلان وفقاً للقانون الأردني إلى طائفتين:

"**الطائفة الأولى:** تشمل أسباب البطلان المقررة لصالح الأطراف، وهي الأسباب التي يتعين على مدعي البطلان أن يثيرها، ويثبت توفرها أمام المحكمة المختصة لنظر دعوى البطلان. وقد ورد ذكر هذه الأسباب في الفقرة (أ) من المادة (49) وهي تتراوح بين انعدام الأساس الاتفاقي لاختصاص هيئة التحكيم أو بطلانه أو انقضائه. وعدم احترام إرادة الأطراف، ومخالفة إجراءات التحكيم." [268]

(الطراونه، 2001) وكما مرّ سابقاً فإن أكثر هذه الأسباب قد يرجع إلى مخالفة اتفاق الأطراف حول إجراءات التحكيم.

"**الطائفة الثانية:** تشمل أسباب بطلان الحكم التي تثيرها المحكمة وتقضي بها من تلقاء نفسها وهي بطلان الحكم فيما يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، وقضاء الحكم في مسائل لا يجوز التحكيم فيها. [(269)] (المادة 49/ب تحكيم اردني، الطراونه، 2001) يلاحظ على هذه الفقرة أنها تتضمن سببين من أسباب بطلان حكم التحكيم تثيرها وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها وذلك لتعلق السببين بالنظام العام ولا تملك الإرادة مخالفتها:

أما بالنسبة لأسباب البطلان المتعلقة بالنظام العام فهي:

السبب الأول: إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في المملكة.

السبب الثاني: إذا وجدت المحكمة أن المسألة من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها في المملكة.

يلاحظ أن هذين السببين مختلفان حيث أن حكم التحكيم تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة مما يؤدي لبطلان حكم التحكيم في المملكة، أما الثاني فهو يعالج بطلان اتفاق التحكيم بطلانًا متعلقاً بالنظام العام يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم إذا كان محل هذا الاتفاق مسألة لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم. ويجب أن نشير إلى مسالتين هامتين بخصوص مخالفة الحكم للنظام العام كسبب من أسباب

بطلان حكم التحكيم:

"**المسألة الأولى:** ليس كل حكم تحكيم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة يكون باطلاً إلا في الجزء من منطوق الحكم الذي تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة إذا أمكن تجزئة الحكم.

المسألة الثانية: أن المشرع الأردني قد حصر مخالفة الحكم للنظام العام في المملكه، ولم يتركها ليتم تحديدها على ضوء قواعد القانون الدولي الخاص، ولم يأخذ بفكرة النظام العام الدولي، إذا كان التحكيم دولياً كما هو الحال في القانون الفرنسي".

"وعليه فمن حق المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان أن تبطل حكم التحكيم أو الجزء منه المخالف للنظام العام في المملكة، باعتبارها حارسه له، حتى ولو كان هذا الحكم متفقاً مع ما يسمى بالنظام العام الدولي، فالنظام العام له طابع وطني يُعبر عن الأسس الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية والدينية التي يرتكز عليها كيان الدولة، ولا يصح تجاهل هذه الأسس تحت ستار فكره غامضة تتمسك بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية فتكون الدول النامية مفرّطة في حقوقها إذا اعتمدت في رقابتها لأحكام التحكيم على النظام العام الدولي، هذا النظام الذي لا مكان فيه إلا للدول المتقدمة التي قامت هي بصياغته بعيداً عن مصالح الدول النامية، ولا يمكن القبول بفكرة النظام العام الدولي إلا بعد أن تتلاش الهوة بين

الدول المتقدمة والدول المتخلفة التي تسمى تأدباً الدول النامية، ولا يجوز أن نكون أكثر كرماً فنعطي الدول الغربية أكثر مما أعطت نفسها في المواثيق الدولية، فاتفاقية نيويورك تؤكد الطابع الوطني للنظام العام." [270] (الطراونه، 2001)

في ضوء ما تقدم نجد أن الإرادة لا تملك مخالفة النظام العام ولا تملك اللجوء للتحكيم لفض نزاع لا يجوز به الصلح لتعلق ذلك بالمصالح الأساسية للمجتمع والتي لا تملك الإرادة مخالفتها، فيكون بذلك المشرع الأردني قد قيد سلطان الإرادة بما يخالف النظام العام ورتب على مخالفة ذلك البطلان.في حين أن المشرع الإنجليزي منع الاتفاق على استبعاد الطعون الواردة في المادة (68) من القانون الإنجليزي وإن كان من الممكن فقدان الحق بالتمسك بها إذا فوّت الطرف المتضرر مهلة تقديمها. [271] (المادة 68 تحكيم انجليزي)

الفرع الثالث: دور سلطان الإرادة في النظام الإجرائي لدعوى البطلان

سنتناول من خلال دراستنا للنظام القانوني لدعوى البطلان هل كان للإرادة دور في تحديد الوقت الذي يتعين فيه رفع هذه الدعوى، والمحكمة المختصة بنظرها، والأثر المترتب على رفعها استنادا لتعلق الأمر بالنظام العام أم بمصالح الأفراد ؟ وهل وظّف النظام العام لخدمة الإرادة. وذلك من خلال ثلاث فقرات:

أولاً: الوقت الذي يتعين فيه رفع دعوى البطلان.

تنص المادة (50) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((ترفع دعوى

بطلان حكم التحكيم خلال ثلاثين يوماً التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم)). وأشار القانون الإنجليزي إلى أن أي طلب في قرار التحكيم يجب أن يقدم خلال (28) يوماً من تاريخ الحكم، أو إذا كان هناك أية خطوة تحكيمية للاستئناف أو إعادة النظر من التاريخ الذي تم فيه إشعار المستدعي أو المستأنف نتيجة تلك الخطوة . [272] (المادة 3/7 تحكيم انجليزي)

يتضح من خلال النصوص أعلاه أن إرادة الأطراف تنعدم في تحديد ميعاد رفع الدعوى، وهو ميعاد الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه في القانون الأردني، وميعاد الثمانية والعشرين يوما في القانون الإنجليزي، لتعلق الأمر بالنظام العام.والغاية من تحديد مهلة الطعن هي ضمان سرعة حسم النزاع، واحترم إرادة الأطراف من خلال تحديد الموعد الذي يتلاءم مع ما يهدف إليه نظام التحكيم من سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه، فهذه هي الميزة التي يلتمسها الأطراف من التجائهم للتحكيم. [273] (المادة 50 تحكيم اردني ، المادة 3/70 تحكيم انجليزي)

فقد حرصت المادة (50) في عجزها على مواجهة الفرض الذي تتفق فيه الأطراف مسبقاً في اتفاق التحكيم على عدم قابلية حكم التحكيم للطعن فيه بالبطلان، أي حالة الاتفاق على التنازل عن الطعن بالبطلان مقدماً من قبل الشخص الذي تكون له مصلحة في ذلك، فقررت أن هذا التنازل لا يحول دون قبول دعوى البطلان

والسبب في بذلك كما أشرنا إليه سابقاً من عدم قبول تنازل الأفراد مقدماً عن الحقوق الموضوعية والإجرائية طالما لم تثبت لهم على وجه قاطع وكذلك تنازل أحد الأطراف عن حقه في الطعن بالبطلان في حكم التحكيم مقدماً قبل أن يتحدد مضمون هذا الحكم فيه مغبة قد لا يكون في مقدوره تحديدها قبل صدور هذا الحكم لحظة قبول هذا التنازل عند الاتفاق على التحكيم. فقيد المشرع الإرادة لعدم الاعتداد بالتنازل قبل ثبوت الحق لتعلق ذلك بالنظام العام الذي يخدم مصالح الأطراف، وأطلقها بعد ثبوت الحق لهم برفعها لتعلق الآمر بمصالحهم الخاصة . (274) (الحداد)

ثانياً: المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان.

تنص المادة (2/أ) من قانون التحكيم الأردني على أن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي:((محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في المملكة)).

في ضوء النص أعلاه يتضح أن إرادة الأطراف لها الحرية في تحديد أي محكمة استئناف في المملكة، لكن لا تملك أن تحدد محكمه غير محكمة استئناف، وما ذلك إلا تنظيمُ قانوني أراده المشرع لخدمة نظام التحكيم في عدم تشعب الجهات التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم إذا كانت دعوى البطلان ليست طريقاً من طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، والمحكمة لا تنظر الدعوى بصفتها محكمة استئناف، وإنما بصفتها محكمة مختصة بدعوى البطلان. (275) (المادة 2 تحكيم اردني)

أما قانون التحكيم الإنجليزي، فقد بينت المادة (105) أن المحكمة المختصة هي المحكمة العليا–High Court "أول درجة"، أو محكمة المقاطعة County Court،

وأعطت وزير العدل صلاحية تحديد الاختصاصات المتعلقة بالتحكيم بين هذه المحاكم بما في ذلك تحديد اختصاصات حصرية لكل محكمة.

ثالثاً: الأثر المترتب على قبول دعوى البطلان

تنص المادة (51) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً، وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ، ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم))، ونص قانون التحكيم الإنجليزي في المادة (71) على ما يلي:

((الطعن بالحكم 1- النصوص التالية يكون لها اثر طالما أن المحكمة تصدر أمرا بموجب المواد 69،68،67، فيما يتعلق بحكم ما.

2- في حال إلغاء الحكم فان الإلغاء يترك أثراً كجزء من حكم المحكمة التحكيمية.

3- متى تمت إحالة الحكم إلى المحكمة كليا أو جزئيا لاعادة النظر فيه يجب أن تصدر حكما جديدا فيه4.

4- وللمحكمة أن تطرحه جانبا إذا اتضح لها عدم فاعليته)).

في ضوء النصوص أعلاه فان المشرع الأردني اعتبر الأمر متعلقا بالنظام العام وبالتالي قيد الإرادة بذلك، وقيد كذلك سلطة المحكمة بما لا ينسجم مع خصوصية التحكيم فأما أن تقرر تأيد الحكم أو بطلانه فلم يضع حلا وسطاً كما فعل المشرع الإنجليزي في حال وجود مخالفة جزئية يمكن تلاشيها عن طريق هيئة

التحكيم إذا أعيد القرار إليها.

دور سلطان الإرادة في تنفيذ حكم التحكيم

تنفيذ حكم التحكيم هو المطاف الأخير لعملية التحكيم برمتها وهو الوسيلة الوحيدة لتثبيت الحقوق في ذمة أصحابها، وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليهم طواعية عن طريق التنفيذ الاختياري وهو الأصل العام، أو عن طريق التنفيذ الجبري إذا استبان سوء النية لدى أحد الأطراف بواسطة السلطة العامة.إذ يحتاج في هذه الحالة التصديق عليه أو الأمر بتنفيذه، لافتقار مصدره لسلطة الأمر،لأنها سلطه مؤقتة نظراً لأصلها التعاقدي. [276] (شحاته) وعلى الرغم من أن إرادة الخصوم هي الأساس الذي ترتكز عليه أحكام التحكيم، إلا أنها لا تستطيع مّع ذلك أن تزود تلك الأحكام بالقوة التنفيذية التي تتيح التنفيذ الجبري للالتزامات الواردة به. [277] (التحيوي، 1999) لان من يقومون بهذه المهمة ليسوا موظفين عموميين يملكون سلطة الأمر. وسنتولى توضيح ذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: التنفيذ الاختياري.

الفرع الثاني: التنفيذ الجبري.

الفرع الأول: التنفيذ الاختياري:

التنفيذ الاختياري هو الطريق الطبيعي لتنفيذ حكم التحكيم وهذا شأن معظم أحكام التحكيم التي تنفذ طواعية دون تدخل من السلطة العامة للحصول عل أمر

التنفيذ وما ذلك إلا لخصوصية التحكيم الذي يقوم على الثقة، واحترام مبدأ حسن النية شأنه شأن العقود الخاصة، إذ إنها تستمد قوة التنفيذ من احترام مبدأ حسن النية.

ففي الوقت الذي نسلم فيه أن العقد شريعة المتعاقدين ويوجب تنفيذ ما يترتب عليه من آثار قد يحمل العاقد أحياناً على التمسك بالعقد، ومحاولة المغالاة في الافاده منه على حساب العاقد الآخر، بان يختار من طرق التنفيذ أكثرها إجحافاً، ولا شك أن هذا المسلك تأباه قواعد الأخلاق والعدالة. (278) (الكافي، 1993) لذلك نصت المادة (1/148) من القانون المدني الأردني على ما يلي ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) والمقصود بوجوب تنفيذ العقد بحسن نية ضرورة مراعاة الأخلاق والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالاً على العاقد الآخر. (279) (الكافي، 1993) أن هذا المبدأ يجب أن يسود العلاقات التعاقدية وهو مصدر القوه الملزمة للعقد إذ إن التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصوره تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة العادلة التي أنشئ من اجلها والتزم بها كل من طرفي العقد حيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق إلى حقه.فعندما يلتزم طرفان في العقد بالتزامات معينه إنما يسعيان إلى تحقيق غاية مفيدة لكل منهما وقد ارتضيا بهذه الغاية، والوسائل المؤدية إلى تحقيقيها فيلتزمان بهذه الوسائل، وبالتالي فإن التزامها يكون مصدر القوه التنفيذية للعقد لأنها نابعة من

إرادة التنفيذ تحقيقاً للغاية المفيدة لكل من طرفيه، فإذا جنحت إرادة التنفيذ عن غايتها اتسمت بسوء استعمال الوسيلة العقدية لغاية تختلف حقيقةً عن تلك التي كانت مرتجاة عند إبرام العقد، وهذا الظاهر يموّه إرادة الإساءة للغير فتتعطل الفائدة من العقد ويتدخل القاضي للحيلولة دون إساءة استعمال القوه التنفيذية للعقد لتحقيق غايات غير تلك التي حددها، وارتضاها أطرافه عند إبرامه. من هنا يصح القول بان القوه التنفيذية للعقد تنبع من مبدأ حسن النية الذي يجب أن تقوم عليه العلاقات التعاقدية فيكون هذا المبدأ مبدأ قانونياً يدخل في صلب النظام القانوني للعقد وليس فقط واقعاً متغيراً لا يمكن ضبطه لتغيره مع ظروف كل قضيه. [280] (العوجي، 1995) حتى أصبح هذا المبدأ من المبادئ العامة للقانون، والذي يقضي بضرورة التزام الأطراف بالاستقامة في تنفيذ العقد، ويحملهم المسؤولية عن عدم التنفيذ، والتعويض عنه أي بما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب. [281] (الطراونه، 2001)

من كل ما تقدم يتضح أن التحكيم استناداً لأصله ألاتفاقي ينفذ اختيارياً، تمشياً مع إرادة الأطراف التي اتجهت للقبول بإرادة التنفيذ منذ البداية، وإلا اتسم الأمر بسوء النية الذي هو النقيض لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العقود إذ إننا في هذه الحالة لا نكون أمام تحكيم بالمعنى الدقيق الذي يجب أن يفسر على أساس مبدأ الثقة بالتعامل.

الفرع الثاني: التنفيذ الجبري

الأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم برضا الأطراف، تمشياً مع إرادة التنفيذ التي تم الاتفاق عليها مقدما، إذ إن مخالفة ذلك تتنافى مع مبدأ حسن النية الذي ترتكز عليه المعاملات، الأمر الذي يستلزم إصدار أمر تنفيذ من المحكمة المختصة لافتقار مصدر القرار سلطة الأمر ومصدر سلطاته اتفاق الأطراف وليس الدولة كما القاضي، لذلك هل للإرادة دور في تحديد ميعاد طلب تنفيذ الحكم؟ وقت تنفيذه؟ والشروط الواجب توفرها لإمكان تنفيذه أم هذه الأمور متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا تملك الإرادة مخالفتها؟ هذا ما سنتولى توضيحه من خلال ثلاث فقرات:

أولاً: ميعاد طلب تنفيذ حكم التحكيم.

تنص المادة (53/أ) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى)). يتضح من النص أعلاه أن إرادة الأطراف مقيدة في مدة طلب تنفيذ حكم التحكيم إذ إنها لا تملك ذلك إلا بعد ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه وذلك بصريح نص المادة (50) من قانون التحكيم الأردني.[282] (المواد 53/أ، 50 تحكيم اردني) واعتبر المشرع الإنجليزي من خلال ما نصت عليه المادة (3/70) أن تاريخ طلب تنفيذ الحكم يجب أن يقدم خلال (28) يوما من تاريخ الحكم، أو إذا كان هناك أية خطوه تحكيمية للاستئناف أو إعادة النظر من التاريخ الذي تم فيه إشعار

المستدعي أو المستأنف ذلك.فنجد أن القانونين كليهما احترم خصوصية التحكيم في السرعة في حسم النزاع وقيد الإرادة بتلك المدة معتبرا إياها من النظام العام.

ثانياً: وقت تنفيذ حكم التحكيم.

تنص المادة (51) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: ((إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها قطعياً وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتميز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم)) في ضوء النص أعلاه يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم تأمر بتنفيذه مباشرةً مع قرار التأييد ويكون قرارها قطعياً

الحالة الثانية: أن تقرر المحكمة بطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ بقرار بطلان حكم التحكيم للطاعن بحيث يستفاد من النص أن القرار الصادر عن محكمة التمييز يكون قطعياً سواءً ببطلان حكم التحكيم أو بتأييده وينفذ مباشرةً، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني لم يحدد الزمن الذي يجب أن ينفذ خلاله حكم التحكيم أي الوقت الذي يجب على المحكمة أن تصدر قرارها خلاله انسجاماً مع خصوصية التحكيم في السرعة في حسم النزاع.على خلاف المشرع الإنجليزي الذي أعطى صلاحية للمحكمة أكثر

مما هو المشرع الأردني في حال إحالة القضية إلى هيئة التحكيم التي يجب أن تصدر حكمها خلال ثلاثين يوما من التاريخ طلب الإحالة أو فترة أطول أو اقصر كما تقرر المحكمة.

ثالثاً: شروط تنفيذ حكم التحكيم.

شروط تنفيذ حكم التحكيم ترتبط بالتنفيذ الإجباري وليس بالتنفيذ الاختياري، وقد اعتبرها المشرع من النظام العام لذلك لا يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على ذلك والزم المشرع المحكمة بالتأكد من توافرها لتعلقها بالنظام العام، إذ ينعدم دور الإرادة في مدى توفر هذه الشروط .

إذ تنص المادة (53)

((أ- لا يقبل طلب بطلان حكم التحكيم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

ب - يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة مرفقاً بما يلي:

1- صورة اتفاق التحكيم

2- صورة الحكم أو صوره موقعه عنه

3- ترجمة لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية إذا لم يكن ذلك الحكم صادراً بها)).

على حين تنص المادة (54/أ) تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً وتأمر بتنفيذه إلا إذا تبين لها:

1- أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة وإذا أمكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفه للنظام العام لها الأمر بتنفيذ الجزء الباقي.

2- انه لم يتم تبليغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً

ب- لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم أما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على تصديق القرار الصادر برفض الأمر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم.

وصفوة القول لما تقدم إن الإرادة لها السلطان الأكبر إذا نفذ الحكم طواعية وهو الأصل انسجاماً مع طبيعة التحكيم التي تقُوم على الثقة واحترام الوعد، ولا يكون لها سلطان إذا كان الأمر متعلقاً بالتنفيذ القهري عن طريق السلطة العامة، وما ذلك إلا استثناء على الأصل للتأكد من أن إرادة الأطراف قد اتجهت فعلياً إلى ذلك، فإذا كان ذلك كذلك أمرت بتنفيذه وإلا فلا، ضمن حدود النظام العام الوطني الذي لا تملك الإرادة مخالفته.

الخاتمة

أما وقد فرغنا من دراسة دور مبدأ سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني بالمقارنة مع القانون الإنجليزي، فقد صار بالإمكان تلخيص أهم ما توصلنا إليه في هذه الدراسة من نتائج وما نقترحه من توصيات.

لقد استعرضت هذه الدراسة دور نطاق سلطان الإرادة في عملية التحكيم، وما تخضع له من قيود في قانون التحكيم الأردني(2001) وقانون التحكيم الإنجليزي(1996). ومع تشعب الموضوع، فإننا سنورد فيما يلي النتائج الرئيسية التي يخلص إليها هذا لبحث.

وتتعلق هذه النتائج، أولا، بالجانب النظري للتحكيم. وثانياً باتفاق التحكيم، وثالثاً بإجراءات التحكيم وقرار التحكيم.

أولاً: نظرية التحكيم والإرادة

لئن كان بدء أي عملية تحكيم يستند إلى إرادة الأطراف، فإن بعض الشراح يرجحون الطبيعة القضائية لعمل المحكم، ويغلبون لذلك دور الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ويؤيدون تطبيق قانونها على اتفاق التحكيم وإجراءاته. ووفقاً لهذه النظرية القضائية يتقلص دور الإرادة في التحكيم باعتبار أي اتفاق لا قيمة قانونية له ما لم تعترف به الدولة من خلال تشريعاتها مع احتفاظها بحماية مصالحها الأساسية. إلا أنه وعلى الرغم من وجاهة حجج أصحاب النظرية القضائية، فإنها لا

تستلزم حتماً الاستغناء عن النظرية العقدية للتحكيم التي ترجح اتفاق الأطراف في بدء التحكيم وتوجيه إجراءاته.

وتتميز النظرية العقدية في أنها تعامل اتفاق التحكيم كأي عقد أخر. فيخضع اتفاق التحكيم من حيث المبدأ لقاعدة حرية التعاقد. فإذا قبلنا تطبيق هذه القاعدة في مجال التحكيم فلسوف يتراجع تدخل الدولة إلى الحدود المعروفة تجاه أي عقد آخر. أي أنه لا بد من وجود مبرر قوي من النظام العام لتدخل الدولة بتقييد حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم. أي أن منطلق التحكيم وطبيعته ترجع إلى الإرادة المشتركة للأطراف أما تدخل الدولة فهو استثناء يرد لاحقاً لحماية النظام العام عند الضرورة. وهكذا لا علاقة لتدخل الدولة بمصدر التحكيم والزاميته.

وما يؤيد النظرية العقدية للتحكيم أن تشابه وظيفة المحكم مع عمل السلطة القضائية يشكل تشابهاً ظاهرياً لا ينبغي أن نجعل منه اساساً للنظرية العامة في التحكيم. ذلك أن المحكم، بغض النظر عن طبيعة وظيفته، إنما يقوم بها بناءً على اتفاق خاص تم تعينه بموجبه، ويتقاضى أتعابه من الأطراف، وهذا اختلاف جوهري بين المركز القانوني للمحكم والمركز القانوني للقاضي الذي تعينه الدولة.

ثانياً: أتفاق التحكيم

إذا كان مصدر التحكيم والزاميته هو اتفاق التحكيم، فإن المبدأ العام في حرية التعاقد يجيز للأطراف اللجوء إلى التحكيم بغض النظر عن شكل الاتفاق، واياً كان موضوع النزاع.

إلا انه تبين من خلال هذه الرسالة أن كلاً من قانون التحكيم الأردني والقانون الإنجليزي لم يأخذ بحرية التعاقد بشكل مطلق. وإنما فرض قيوداً تتعلق بضرورة كتابة اتفاق التحكيم كشرط انعقاد في القانون الأردني، وشرط لتطبيق قانون التحكيم الإنجليزي(1996) بدلاً من المبادىء القضائية القديمة المطبقة على اتفاقات التحكيم الشفوية. ويطبق هذا الشرط سواء أتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط ضمن العقد الأصلي أو مشارطة تحكيم تعقب نشوء النزاع.

وتبرير هذا القيد الشكلي هو خطورة آثار اتفاق التحكيم من حيث التنازل عن اللجوء إلى القضاء وما يتبع ذلك من فقدان لحماية قضائية اكبر مما يوفره نظام التحكيم كالتقاضي على درجتين.

وبالإضافة إلى شكل اتفاق التحكيم، فلا بد من قبول قيود النظام العام التي قد تمنع إخضاع بعض المنازعات للتحكيم، وإن لم ينص القانون الأردني والإنجليزي على هذه المنازعات بالتحديد.وتجدر الإشارة إلى حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

وترى الدراسة أنه إن كان من الصعوبة بمكان التحرر من قيود النظام العام، فإنه ينبغي الإقرار بوجود نظام عام دولي يطبق على اتفاقات التحكيم الدولية. أي أن تخضع اتفاقات التحكيم الدولية لقيود اقل شدة من النظام العام الوطني المطبق على الاتفاقات والعلاقات الوطنية.

أما بالنسبة لشرط الكتابة، فإنه يمكن الاعتراف بحرية اكبر للأطراف إذا اعتبر القانون الكتابة شرط إثبات. فإذا تم تعديل هذا الحكم في القانون الأردني، سيصبح من الممكن إثبات اتفاق التحكيم بكافة الطرق على الأقل عندما لا يتوفر لدى أي من الطرفين دليل كتابي.

ثالثاً: إجراءات وقرار التحكيم

يبدو دور إرادة الأطراف جلياً في تسيير إجراءات التحكيم.ويؤكد هذا الأمر أن وظيفة المحكم التي تبدو قضائية تخضع في تنفيذها لاتفاق الأطراف مما يعكس النظرية العقدية للتحكيم.

فللأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات سواء قاموا بتعين قانون وطني أو قواعد مؤسسة أو وضع الإجراءات التي يتفقون عليها.كما للأطراف تحديد صلاحيات المحكم ويترتب على مخالفة اتفاقهم بهذا الشأن إمكان إبطال قرار التحكيم.

كما للأطراف أن يختاروا القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع؛ بل للأطراف أن يختاروا قواعد لا تنتمي إلى أي نظام قانوني وطني؛ ولهم الاحتكام إلى قواعد الأنصاف والعدالة.

ويتفق القانون الأردني والإنجليزي في مظاهر حرية الأطراف بشأن المسائل الرئيسية سالفة الذكر. إلا أن كلا القانونين يفترضان خضوع عملية التحكيم لرقابة

قضائية في بلد الأصل التي صدر فيها قرار التحكيم. وهكذا لا يملك الأطراف حرية تحرير عملية التحكيم وقرار التحكيم من قيود مكان التحكيم بشكل مطلق.

وبينما يتفق القانونان الأردني والإنجليزي على المسائل الرئيسية المتعلقة بدور الإرادة ونطاقها في تسيير إجراءات التحكيم، إلا أنهما قد يختلفان بشأن بعض التفاصيل. فعلى سبيل المثال يشترط القانون الأردني أن يكون عدد المحكمين وتراً، وان ترك تحديد العدد للأطراف. أما القانون الإنجليزي فيترك للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين سواءً كان وتراً أو شفعاً.

أخيراً يتميز قانون التحكيم الإنجليزي بالنص على حصانة المحكمين ما لم يثبت سوء نيتهم أو الغش من جانبهم. وهكذا، فعلى الرغم من الطبيعة التعاقدية لعلاقة التحكيم فيما بين الأطراف أو بينهم وبين المحكمين، فإن مسؤولية المحكمين مقيدة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام الذي يقضي بحماية كل من يقوم بدور لتحقيق العدالة وفض النزاعات. أما القانون الأردني، وإن لم ينص صراحة على حصانة المحكمين، فإنه من المتوقع أن يعترف القضاء بحصانة المحكمين لضرورة هذه الحصانة من اجل تحقيق التحكيم لغايته المتمثلة بحل النزاعات بنزاهة وحيدة وبسرعة تتمثل بتفادي المراجعة الموضوعية لقرار التحكيم سواء من خلال طعن مباشر أو غير مباشر من خلال مساءلة المحكمين عن أخطائهم التي يتطلب إثباتها مراجعة صحة قرار التحكيم شكلاً وموضوعاً.

ونخلص إلى القول أن إرادة الأطراف تبرز في مراحل عملية التحكيم بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاء بقرار التحكيم. وينبغي اخذ هذا الآمر بعين الاعتبار عند وضع حلول جديدة للتحكيم بحيث لا يخل أي حل جديد بهذا الاتجاه العام لقانون التحكيم الذي يرجح إرادة الأطراف في اغلب الحالات.

"وأخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين"

المـــراجـــع والمصـــادر

المراجـــع باللغـــة العربيـــة

إبراهيم، إبراهيم أحمد، (في الفترة، من، 29، ديسمبر-2001 إلى 3-يناير2002)، إجراءات التحكيم، ورقه قدمت في مركز عين شمس للتحكيم، دوره عامه لإعداد المحكم .

إبراهيم، احمد إبراهيم، (1997)، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط2.

أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني وخاصة المصري واللبناني، القاعدة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر.

أبو الوفاء، احمد، (1978)، التحكيم الاختياري والإجباري، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية.

أبو الوفاء، احمد، التحكيم في قوانين الدول العربية، ط1، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.

أبو زيد رضوان، (1981)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي للنشر.

إسماعيل، محي الدين، (1986)، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج1، مطابع الطناني.

ابن تيميه، الفتاوى، ج2.

ابن تيميه، قاعدة القيود، يرويه الحاكم في مستدركه، كتاب العلم.

ابن منظور، جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، المدرسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، ج15.

اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي.

اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

الأحدب، عبد المجيد، التحكيم ومصادره، ج2، ط1، مؤسسة نوفل للنشر، بيروت.

الباهي، عبد الوهاب، بحث بعنوان، خواطر حول تسبيب أو تعليل القرارات التحكيمية من خلال بعض الاتفاقات الدولية والإقليمية والتشاريع الداخلية، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني.

البزاز عبد الرحمن، (1954)، مباديء أصول القانون، مطبعة العانين بغداد.

البكري عبد الباقي وبدير محمد علي، المدخل لدراسة القانون، مطابع التعليم العالي، الموصل، دون سنة نشر.

التحيوي، محمود السيد، (1999)، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود التجارية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية.

الجبوري، ياسين، (2002)، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، دراسة موازنة في القانون الأردني، والفقه الإسلامي، مع الإشارة إلى القانون المدني العراقي، المصري، الفرنسي، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1.

الجداوي، احمد قسمت، (في الفترة من –29– ديسمبر2001 إلى 3يناير2001)، المحكم وكيفية إعداده، ورقه قدمت في مركز عين شمس للتحكيم، دوره عامه لإعداد المحكم.

الحداد، حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية، دون طبعه، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، دون سنة نشر.

الحكيم، عبد المجيد، (1993)، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والمدني العراقي والمدني اليمني،في الالتزامات والحقوق الشخصية، ج1، مصادر الالتزام ، المجلد الأول في العقد التراضي، ط1، دون دار نشر.

الخولي، اكثم، (2000)، بحث بعنوان اتفاق التحكيم البيانات الجوهرية، مجلة التحكيم العربي،

صادره عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم، العدد الثالث.

الداوودي، غالب، (1995)، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الثالثة، دون دار نشر.

الدوري، قحطان، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دون طبعه، دون دار نشر، دون سنة نشر.

السرحان، عدنان-وخاطر، نوري حمد، (1997)، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دون طبعة، دون دار نشر.

السمدان، احمد، (1993)، بحث بعنوان، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الدولي، مجلة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، والثاني، جامعة الكويت.

السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون سنة نشر.

السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، الناشر المجمع العلمي الإسلامي، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.

الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ، الجزء الثاني، الناشر المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دون طبعة، دون سنة نشر

الشرقاوي، جميل، (1991)، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول-مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة.

الشرقاوي، محمود، (2000)، بحث بعنوان، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم، العدد الثاني.

الشيخ قاسم، (1994)، احمد، التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة في القانون السوري

والعربي والأجنبي، ط1، دون دار نشر.

الصده، عبد المنعم فرج، (1974)، نظرية العقد، في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون طبعة.

الصراف، عباس، (1994)، وحزبون، جورج، المدخل إلى علم القانون، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الصلاحي، احمد انعم بن ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، اليمن، صنعاء، دون سنة نشر.

الطراونة، مصلح، (2001)، قانون التجارة الدولية، دراسة تحليلية لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص، دار رند للنشر والتوزيع.

الطراونة، مصلح، (2001–2002)، المبادئ العامة لقانون التحكيم الأردني، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، جامعة مؤته.

الطراونه، مصلح، (2001–2002)، الرقابة القضائية على أحكام المحكمين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، جامعة مؤتة.

العوجي، مصطفى، (1995)، القانون المدني، ج1، مؤسسة حسبون للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1.

القانون المدني الأردني.

القانون المدني السوري.

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

الكاساني، (1982)، بدائع الصنائع، ج5، دار الكتاب العربي للنشر، بيروت، لبنان، ط2.

الكيلاني محمد، (2002)، شرح قانون المحاكمات المدنية الأردني، رقم (24) لسنة (1988)

وتعديلاته، دار وائل للنشر، عمان.

اللصاصمه، عبد العزيز، بحث بعنوان، دور القاضي في تفسير العقد وتعديل مضمونه، جامعة مؤتة، بحث غير منشور.

النمري، أبو العلا، (، في الفترة من-29 ديسمبر إلى 3 يناير 2001)، المحكم وكيفية إعداده، ورقة قدمت في مركز عين شمس للتحكيم، دوره عامه لاعداد المحكمين.

بدران، محمد، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية للنشر.

بريري، مختار احمد، (1999)، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد التجارية والمدنية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة.

تنغو، سمير عبد السيد، (1999-2000)، مصادر الالتزام، دون طبعه، دون دار نشر.

جعفر علي محمود، (1998)، تاريخ القوانين والشرائع القديمة- القانون الروماني والشريعة الاسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط2.

حجازي، عبد الحي، (1966)، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المطبعة الجامعية، القاهرة.

حداد، حمزة، (1999)، بحث بعنوان، قرار التحكيم وفق اتفاقية عمان الدولية للتحكيم التجاري الدولي1987، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول.

خاطر، نبيل، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه، دون سنة نشر، دون دار نشر.

خاطر، نوري حمد، بحث بعنوان، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية (دراسة نظرية) مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت، المجلد السابع.

دغستيان، جاك، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ترجمة منصور القاضي، دون سنة نشر.

راغب، وجدي، (1993)، بحث بعنوان، هل التحكيم نوع من القضاء دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشر، العدد الثاني، والأول، جامعة الكويت.

زكي، محمود جمال الدين، (1978)، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط3، دون دار نشر.

زكي، محمود جمال الدين، (1978)، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، دون دار نشر.

سلطان، أنور، (1987)، مصادر الالتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط1، عمان.

سوار، محمد وحيد الدين، (1996)، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، المقدمات العربية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،.

سوار، محمد وحيد الدين، (1998)، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان.

سوار، محمد وحيد الدين، (2000-2001)، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام-1-المصادر الارادية2-المصادر غير الإرادية، ط9، منشورات جامعة دمشق، .

شحاته، محمود نور عبد الهادي، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دراسة مقارنه، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، دون طبعه، دون دار نشر.

شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، دون سنة

نشر.

شيشير، فيفوت، (1987)، فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، الناشر دار الجليل، بيروت.

صادق، هشام، (1995)، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

عبد العال، عكاشه، والجمال، مصطفى، (1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، ط1.

عبد القادر، ناريمان، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية،(1996) دون سنة نشر

عبد الوهاب، محمد صلاح الدين، بحث بعنوان، تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث.

عطا الله، برهام محمد، (2002)، بحث بعنوان، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري، مجلة التحكيم، العدد الثاني.

غندور، احمد، (1998)، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية للنشر.

فتحي، حسام الدين، (1999)، قابلية محل النزاع للتحكيم في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة.

فوده، عبد الحميد، (2000-2001)، مبدأ سلطان الإرادة دراسة مقارنه بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.

قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

قانون التحكيم الأردني .

قانون التحكيم الإنجليزي.

قانون السير الأردني.

قانون الوسطاء والوكلاء التجاريين الأردني.

مبارك، سعيد، (1996)، التنظيم القضائي وأصول المحاكمات المدنية في التشريع الأردني، ط1، دون دار نشر.

مجلة التحكيم العربي.

مجلة الحقوق-جامعة الكويت.

مجلة المنارة للدراسات القانونية-جامعة آل البيت.

مجلة نقابة المحامين الأردنية.

مراد، عبد الفتاح، (1996)، شرح تشريعات التحكيم، المكتبات الجامعية.

مرقس، سليمان، (1987)، الوافي في شرح القانون في الالتزامات، مجلد1، نظرية العقد الإرادة المنفردة، ط4، دون دار نشر.

مومني، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، دون طبعة، دون سنة نشر.

والي، فتحي، (1987.)، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية للنشر القاهرة.

المراجـــع الأجنبيـــة

A.Redfern and M.Hunter, (1991), Law Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell, London.

PM North and JJ Fawcett, (1992), Cheshire And North's Private International Law, 2th Edition, Butterworths, London.

Harris, Rowan Plantterose and Jonatha Jecks, Arbitration Act 1996.

MJ Mustill and SC Boyd, (1989), The Law and Practice of Commercial Arbitration, 2th edition, Butterworths, London.

MJ Mustill and SC Boyd, (2001), Commercial ,Butterworths,London.